Die rechtliche Natur der : : Widerspruchsklage : : aus § 771 CPO und die diese Klage begründenden Rechte.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexander-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Ernst Reineke
aus Minden (Westf.)
Referendar am Kgl. Amtsgericht zu Erfurt.

Approbiert am 27. Oktober 1909.

Halberstadt
J. Hoerling's Wwe. (Herm. Bäseler).
1910.

157

Referent: Univ.-Professor Dr. Oertmann.

: Meiner geliebten Mutter :
in Dankbarkeit gewidmet.

Inhaltsübersicht.

Seite

§ 1. Einleitung:
Die Bedeutung des § 771 im allgemeinen . . 1

§ 2. Die geschichtliche Entwicklung der Widerspruchsklage 6

§ 3. Uebersicht über die Theorien, welche hinsichtlich der Rechtsnatur der Klage aufgestellt sind 12

§ 4. Würdigung der Theorien. Die rechtliche Natur der Klage aus § 771 CPO. 28

§ 5. Die die Klage aus § 771 CPO. begründenden Rechte 51

Literatur-Verzeichnis.

I. Selbständige Druckschriften und Kommentare.

Begemann, Zivilrechtliche Natur der vom Eigentümer gepfändeter Sachen erhobenen Exekutionsintervention und Wert des Streitgegenstandes in Z. f. Z P. Bd. 26 S. 519.

Bunsen, Die Lehre von der Zwangsvollstreckung, 1885.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 1904.

Crome, System des bügerlichen Rechts, 1905.

Dernburg, Pandekten, 1896.

Enneccerus und Lehmann, Bürgerliches Gesetzbuch, 1904.

Falkmann, Die Zwangvollstreckung, 1888.

Flechtheim, Die Struktur der negativen Feststellungsklage in Z. f. Z. P. Bd. 25 S. 495.

Förster, Die Zivilprozessordnung für das deutsche Reich, 1902.

Francke, Widersprüche Dritter gegen Zwangvollstreckungen der deutschen CPO in Z. f. Z. P. Bd. 5 S. 208.

Francke, Das Wesen der Widerspruchsklage in Z. f. Z. P. Bd. 38 S. 308.

Francke, Pfändung ungetrennter Früchte in Z. f Z. P. Bd. 28 S. 139.

Frantz, Abhandlungen zur Lehre von der Exekutionsintervention, 1889.

Frese, Die Exekutionsintervention nach der Reichszivilprozessordnung, 1880.

Frommhold, Die Widerspruchsklage in der Zwangsvollstreckung in ihrer geschichtlichen Entwicklung, 1891.

Fuchs, Intervention bei Pfändung von Früchten auf dem Halm in Z. f. Z. P. Bd 24 S. 188.

Gaupp-Stein, Die Zivilprozessordnung für das deutsche Reich, 1908.

von Glasenapp, Die Begründung der Interventionsklage auf Herausgabe abgepfändeter Mobilien in Gruchot Bd. 24 S. 245.

Göppert, Ueber die organischen Erzeugnisse, 1869.

Goldmann, Die rechtliche Natur der Interventionsklage in Gruchot Bd. 50 S. 805.

Goldmann und Lilienthal, Bürgerliches Gesetzbuch Bd. 2, 1905.

Gütermann, Die rechtlichen Grundlagen der Widerspruchsklage, 1896.

Huber, Zur Natur der Klagen aus den Art. 106/9 Sch. u. K.-G. in Bern. Z. Bd. 43 S. 642.

Jacobi, Ueber die Ersatzpflicht des Gläubigers aus unrechtmässiger Mobiliarzwangsvollstreckung, in der Festgabe für Gneist, 1888.

Kahn, Die Natur der Interventionsklage nach der Zivilprozessordnung und deren Anwendung auf die Mobiliarexekution im Gebiete des französischen Rechts, in Ziv. Arch. Bd 70 S. 409.

Kohler, Prozesshandlungen und Zivilrechtswirkungen, in Z. f. Z. P. Bd. 29 S. 1.

Kühne, Berechtigt nach gemeinem Rechte juristischer Besitz zur Intervention in der Exekutionsinstanz oder infolge der Vollstreckung eines Sicherheitsarrestes?, in Gruchot Bd. 23 S. 497.

Kunze, Das die Veräusserung hindernde Recht im Sinne des § 771 RCPO. Greifswalder Diss. 1905.

Labes, Ergreift das Pfandrecht des Vermieters eingebrachte Sachen Dritter?, in D. J. Z. 1900 S. 225.

Langheineken, Der Urteilsanspruch. Ein Beitrag zur Lehre vom Klagerecht, 1899.

von Lewetzow, Pfändung von Früchten auf dem Halm und Exekutionsinterventionsklage aus § 771 CPO nach heutigem Recht, Heidelberger Diss. 1907.

Matthiass, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1900.

Middendorf, Steht dem Käufer von stehenden Früchten gegenüber einer Beschlagnahme der letztern die Interventionsklage zu?, in J. W. 1903 S. 121.

Müller, Die Wirksamkeit des Pfändungspfandrechts, 1907.

Nessel, Der Interventionsprozess in der Zwangsvollstreckungsinstanz im Geltungsgebiet des preuss. allgem. Landrechts, in Gruchot Bd. 28 S. 83.

Neumann, Die Zwangsvollstreckung in bewegliche dem Schuldner nicht gehörende Sachen, in D. I. Z. 1901 S. 16.

Neumann, Handausgabe des bürgerlichen Gesetzbuchs Bd. 1, 1900.

Örtmann, Die Frage der Bereicherungshaftung des Vollstreckungsgläubigers bei Pfändung fremder Sachen, in Ziv. Arch. Bd. 96 S. 1.

Olshausen, Die Einsprüche dritter Personen in der Exekutionsinstanz nach preussischem und gemeinem Recht sowie vom Standpunkte der Gesetzgebung, 1874.

Petersen, Zivilprozessordnung, bearbeitet von Remelé und Anger, 1906.

Planck, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts Bd 2, 1896.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch B. 3, 1906.

Pretsch, Die Begründung der Interventionsklage nach geltendem Recht, in Ziv. Arch Bd 99 S. 445.

Reincke, Die deutsche Zivilprozessordnung, 1900.

Rocholl, Rechtsfälle aus der Praxis des Reichsgerichts B. 2 Heft 1 S 114 Breslau, 1885.

Rocholl, Die Feststellungsklage im heutigen Klagensystem, in Z f. Z P. Bd. 8 S. 329.

Schmidt, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 1906.

Schmidt, Ueber v. Schrutka's Dogmengeschichte der Freigebung fremder Sachen im Zwangsvollstreckungsverfahren, in Z. f. Z P. Bd 14 S 161.

Schmidt, Ueber Frommhold's Widerspruchsklage in der Zwangsvollstreckung, in Z. f Z P. Bd. 17 S 401.

Schmidt, Ueber v. Schrutka's Dogmatik der Freigebung fremder Sachen, in Z. f. Z. P. Bd 19 S. 326.

Schröder, Zu § 865 Abs. 2 Satz 1 CPO, in D. I. Z. 1903 S. 571.

von Schrutka-Rechtenstamm, Zur Analyse der Exszindierungsklage, in Grünhut's Z. Bd. 13 S. 298.

von Schrutka-Rechtenstamm, Zur Dogmengeschichte und Dogmatik der Freigebung fremder Sachen im Zwangsvollstreckungsverfahren. Dogmengeschichtl. Teil 1889, Dogmatischer Teil 1893.

von Schrutka-Rechtenstamm, Ueber das Rechtsverhältnis zwischen Exekutionssucher und Exekutionsorgan, in Grünhut's Z. Bd 13 S. 567.

von Schrutka-Rechtenstamm, Die zeitlichen Grenzen der Widerspruchsklage (Exszindierungsklage) in der Zwangsvollstreckung in Z. f. Z. P. Bd. 18 S 65.

Seuffert, Kommentar zur Zivilprozessordnung Bd. 2, 1908

Seuffert, Zu den §§ 690a, 690b, 692a (Widerspruch gegen die Zwangsvollstreckung), in Z f. Z P. Bd 22 S. 368.

Sohm, Rudolf jun., Wesen und Voraussetzungen der Widerspruchsklage, 1908.

Staub, Klage und Einrede im Interventionsprozesse, in I. W. 1887 S. 407.

Staub, Die preussische Besitzrechtsklage, in I. W. 1887 S. 421.

Staub, Die Klage auf Rückzahlung des Erlöses, in I. W. 1888 S. 201

Staub, Die obligatorische Interventionsklage, in I. W. 1888 S. 265.

Staub, Einzelfragen, in I. W. 1888 S. 296.

Staub, Die Verteidigung des Interventionsbeklagten, in I. W. 1889 S. 127.

Staudinger, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 1909.

Strohal, Der Sachbesitz, in Iherings Jahrb. Bd. 38 Jena 1893.

Struckmann-Koch, Kommentar zur Zivilprozessordnung Bd. 2, 1900.

Stübel, Zwangsvollstreckung in dem Schuldner nicht zustehende Forderungen, in I. W. 1904 S. 684.

Sydow-Busch, Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, 1909.

Thiele, Die Widerspruchsklage des § 690 der Zivilprozessordnung in Theorie und Praxis, in Ziv. Arch. Bd. 84 S. 50.

Vierhaus, Zwangvollstreckungsintervention, in Z. f. Z. P. Bd. 5 S. 119.

Vierhaus, Voraussetzungen des Pfändungspfandrechts, Z. f. Z. P. Bd. 13 S. 493.

Voss, Ueber die zivilrechtliche Natur der Einsprüche Dritter in der Exekutionsinstanz, in Gruchot Bd. 23 S. 232.

Voss, Die Umbildung des dinglichen Rechts im sogenannten Interventionsanspruch, in Gruchot Bd. 25 S. 349.

Voss, Condictio possessionis und Vollstreckungspfändung, in Ziv. Arch. Bd. 66 S. 161.

Voss, Hauptintervention, Widerspruchsklage und Vorzugsklage, in Ziv. Arch. Bd. 79 S. 284

Voss, Negatorienklage und Vollstreckungspfändung in Ihering's Jahrb. Bd. 23 S. 43.

Wach, Der Feststellungsanspruch. In der Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für Windscheid, 1888.

Westerburg, Einige Bemerkungen über die Natur der Interventionsklage in der Exekutionsinstanz, in Gruchot Bd. 23 S. 870.

Weismann, Hauptintervention und Streitgenossenschaft, 1884.

von Wilmowsky-Levy, Zivilprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, 1895.

Entscheidungen und Zeitschriften.

Archiv für zivilistische Praxis = Ziv. Arch.

Badische Rechtspraxis = Bad. Rpr.

Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Begründet von Gruchot = Gruchot.

Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins und Monatsschrift für Bernische Rechtssprechung = Bern. Z.

Deutsche Juristenzeitung = D. J. Z.

Entscheidungen des Reichsgericht in Zivilsachen = R. G.

Rundschau, Sammlung gerichtlicher Entscheidungen aus dem Bezirke des Oberlandesgerichts Frankfurt a. M.

Grünhut, Zeitschrift für privates und öffentliches Recht = Grünhut's Z.

Juristische Wochenschrift = J. W.

Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtswissenschaft = Meckl. Z.

Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts = K. G. Bl.

Zeitschrift für deutsches bürgerliches Recht und französisches Zivilrecht = Puchelt's Z.

Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand = Recht.

Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozess = Sächs. A.

Annalen des sächsischen OLG zu Dresden = Sächs. Ann.

Seuffert's Archiv für Entscheidung der obersten Gerichte = S. A.

Sörgel Rechtssprechung.

Jahrbücher der Württembergischen Rechtspflege = Württ. Jahrb.

Zeitschrift für deutschen Zivilprozess. Begründet von Busch = Z. f. Z. P.

§ 1.

Die Rechtsordnung gewährt in der Zwangsvollstreckung dem Gläubiger das Mittel, das Recht, das ihm durch Urteilsspruch zugesprochen ist, unabhängig von dem Willen des Schuldners zu verwirklichen. So wenig wie der Rechtsstreit selbst betrifft grundsätzlich die Zwangsvollstreckung andere Personen als die Parteien des Rechtsstreits. Nur für den Gläubiger und gegen den Schuldner sollen die Organe der Vollstreckung tätig werden. In diesem Sinne bestimmt § 750 CPO:

> „Die Zwangsvollstreckung darf nur beginnen, wenn die Personen, für und gegen welche sie stattfinden soll, in dem Urteil oder in der demselben beigefügten Vollstreckungsklausel namentlich bezeichnet sind. . . ."[1])

Die Zwangsvollstreckung soll sich aber nicht nur gegen die Person des Schuldners richten, sie soll ferner auch nur dessen Vermögen ergreifen. Denn die Zwangsvollstreckung ist weiter nichts als ein Ersatz der freiwilligen Leistung des Schuldners, welche dieser verweigert hat.

So zweifellos dieser Grundsatz ist, so schwer kann ihm häufig entsprochen werden. Denn es ist nicht immer offensichtlich, was zum Vermögen des Schuldners gehört. Sachen können sich in seinem Besitze befinden, Rechte (z. B. auf Grund nichtiger Rechtsgeschäfte) auf seinen Namen geschrieben sein, ohne dass der äusserlich wahrnehmbare Tatbestand der wirklichen Rechtslage entspricht. Auch in Ansehung der Gegenstände, welche zu dem Vermögen des Schuldners gehören, können Rechte und Rechtspositionen Dritter bestehen, welche den unbeschränkten Zugriff des Gläubigers auf diese Gegenstände hindern (Ver-

[1]) Gütermann S 31, J. W. 1901. S. 16.

fügungsbeschränkungen etc. vgl. CPO. §§ 772 bis 774).[1]) Wenn nun auch durch die ungerechte, d. h. die über das Vermögen des Schuldners in das Vermögen eines Dritten übergreifende Zwangsvollstreckung nach herrschender Ansicht ein materiell wirksames Pfandrecht nicht entsteht,[2]) so liegt doch immerhin eine formell gültige Pfändung vor, die augenblicklich den gepfändeten Gegenstand dem Dritten entzieht und die Versteigerung des Gegenstandes und damit den Verlust desselben für den Dritten zur Folge haben kann. Damit nun der oben entwickelte Grundsatz der Zwangsvollstreckung gewahrt bleibe, muss die Verletzung dieser fremden Vermögensstücke vermieden werden. Die sicherste Lösung wäre auf jeden Fall, die beim Schuldner vorgefundenen Gegenstände in Bezug auf ihre Zugehörigkeit zum Vermögen des Schuldners zu prüfen. Den Beweis hierfür zu erbringen, wäre Sache des Gläubigers. Auf diese Weise wäre ein Eingriff in fremde Vermögensrechte ausgeschlossen. Andererseits ist es aber nicht zu leugnen, dass durch dieses Verhalten der Gläubiger in eine schwierige Lage versetzt würde.[3])

Die CPO. hat einen andern Weg eingeschlagen. Im Interesse einer schnellen Abwicklung des Vollstreckungsverfahrens genügt zur Pfändung[4]) beweglicher Sachen, dass sie im Gewahrsam des Schuldners[5]) vorgefunden werden:

[1]) J. W 1901 S. 16.

[2]) vgl. Falkmann S. 170, Planck Lehrbuch Bd. 2 S. 728; Westerburg bei Gruchot Bd. 23 S. 890; v. Glasenapp bei Gruchot Bd. 24 S 245; Francke in ZfZP. 5 S. 211; Labes in DJZ. 1900 S 225; Neumann in DJZ. 1901 S. 16; Gaupp-Stein § 804 Nr. II; Seuffert ebenda Nr. 26; Str.-Koch ebenda Nr. 4 e; RG. Bd. 22 S. 271; s auch S. 46—51

[3]) Gütermann S 32; JW 1901 S. 16.

[4]) d. h. zur formell gültigen Pfändung s. oben Anm. 2.

[5]) d. h. in seiner tatsächlichen Innehabung. s. Müller S. 152.

§ 808 CPO: „Die Pfändung der im Gewahrsam des Schuldners befindlichen körperlichen Sachen wird dadurch bewirkt, dass der Gerichtsvollzieher sie in Besitz nimmt."

Bei der Zwangsvollstreckung in unbewegliche Sachen genügt, dass sie auf den Namen des Schuldners eingetragen sind.

§ 17 ZG: „Die Zwangsversteigerung darf nur angeordnet werden, wenn der Schuldner als Eigentümer des Grundstücks eingetragen oder wenn er Erbe des Eigentümers ist."

Bei Forderungen und andern Vermögensrechten ist das Vollstreckungsgericht nicht zur Prüfung berechtigt, ob die zu pfändende Forderung, das zu pfändende Vermögensrecht überhaupt besteht und dem Vollstreckungsschuldner zusteht.

§ 834 CPO: „Vor der Pfändung ist der Schuldner über das Pfändungsgesuch nicht zu hören."

„Die Unterlage für den Pfändungs- und Ueberweisungsbeschluss bilden lediglich die Angaben des Antragstellers, der sich über den Bestand der Forderung und über die Person des Forderungsberechtigten oft irren wird, namentlich, wenn die Forderung ohne sein Wissen rechtsgeschäftlich oder gesetzlich auf einen andern übergegangen ist."[1])

Der Drittberechtigte muss sich die Pfändung gefallen lassen, wie etwa der eines Verbrechens verdächtige Unschuldige die Untersuchungshaft als eine im Interesse der Rechtspflege ihm auferlegte Last.[2])

Aber die Vermutung, die das Gesetz im Interesse des Gläubigers aufgestellt hat, darf nicht soweit führen, dass bessere

---

[1]) Stübel in JW. 1904 S. 684; Gaupp-Stein a. a. O. Anm. 1 zu § 771.

[2]) Huber in Bern. Z. Bd. 43 S. 642.

Rechte dritter Personen dadurch leiden. Das Mittel zur Entkräftung dieser Vermutung, also zur Beseitigung des Eingriffs in fremde Vermögensstücke bietet der § 771 CPO, welcher lautet:

> „Behauptet ein Dritter, dass ihm an dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung ein die Veräusserung hinderndes Recht zustehe, so ist der Widerspruch gegen die Zwangsvollstreckung im Wege der Klage bei dem Gericht geltend zu machen, in dessen Bezirk die Zwangsvollstreckung erfolgt.
>
> Wird die Klage gegen den Gläubiger und Schuldner gerichtet, so sind diese als Streitgenossen anzusehen.
>
> Auf die Einstellung der Zwangsvollstreckung und die Aufhebung der bereits erfolgten Vollstreckungsmassregeln finden die Vorschriften der §§ 769, 770 entsprechende Anwendung. Die Aufhebung einer Vollstreckungsmassregel ist auch ohne Sicherheitsleistung zulässig."

Der § 771 CPO enthält somit einen Rechtsbehelf, mit welchem der an dem Vollstreckungsverfahren beteiligte Dritte den durch die Exekution sich vollziehenden Uebergriff in seine Vermögenssphäre beseitigen kann.[1]) Die rechtliche Natur dieser Klage aus § 771 CPO. Widerspruchs-, Exekutionsinterventions- auch Exszindierungs-Klage (im österreichischen Rechtsgebiet) genannt, ist sehr zweifelhaft und hat in der Literatur einen lebhaften Streit hervorgerufen. Es sind besonders 2 Richtungen zu unterscheiden.

[1]) d. h. nur solange die Zwangsvollstreckung noch nicht beendet ist; vgl. Planck Lehrbuch Bd 2 S. 686 f; Gaupp-Stein Bem. II 3 zu § 771 S 495; Reincke Bem. 1 1a zu § 771; v. Schrutka-Recht. Z. f. Z. P., Bd. 18 S. 62 f; Falkmann S 125.

Die einen [1]) rücken die Unzulässigkeit eines Uebergriffs der Vollstreckung über die Vermögenssphäre des Schuldners in den Vordergrnnd. Alsdann gibt das Prozessgesetz in der Klage dem geschädigten Dritten einen Rechtsbehelf zur Herbeiführung der zunächst aus Zweckmässigkeitsgründen unterbliebenen Prüfung, ob die Vollstreckung sich in ihren Grenzen gehalten hat. Die Klage hat sodann einen prozessrechtlichen Charakter nnd zwar nicht in dem Sinne, wie jede Klage, jedes Rechtsmittel eine prozessuale Einrichtung ist, sondern in dem Sinne einer vom Prozessrecht zum Zwecke der Ausfüllung einer Lücke des Privatrechts geschaffenen und lediglich auf Beseitigung einer prozessualen Massregel gerichteten prozessualen Einrichtung.

Die andere Ansicht[2]) nimmt ihren Ausgang von dem Rechte

---

[1]) Bunsen S 62; Flechtheim in Z f. Z. P. Bd. 25 S 428; Jacobi f Gneist S. 161; Kohler in Z f Z. P. Bd. 29 S. 15; Oertmann in Ziv. Arch Bd. 96 S 21; Planck CPO Bd 2 S 707; v. Schrutka-Recht in Grünhut's Z. Bd 13 S. 298, in Dogm Teil S. 74—79, 98 ff; Schmidt in Z f. Z. P. Bd. 14 S 161, Bd 17 S. 401, Bd. 19 S. 326; Thiele in Ziv Arch. Bd. 84 S. 57; Voss in Gruchot Bd. 23 S. 232, Bd. 25 S. 349, in Ziv. Arch. Bd. 76 S. 284, in Ihering's Jahrbüchern Bd 23 S. 79, 99 ff.; Wach Feststellungsanspruch S 21; Petersen Bd 2 Anm 2 zu § 771 S 387; Gaupp-Stein Anm I zu § 771; Goldmann in Gruchot Bd. 50 S 805; J W 1890 S. 333. 1899 S. 423; R G. Bd 10 S 393, Bd. 13 S. 299, Bd. 18 S 365, Bd. 31 S. 422, Bd 61 S 431.

[2]) Begemann in Z. f. Z P. Bd. 26 S. 520; Falkmann S 112; Francke in Z f Z P. Bd 5 S. 208, Bd. 28 S. 139, Bd. 38 S 361; Frantz S 22; Frese S 8; Frommhold S 222; Gütermann S. 76; v. Glasenapp in Gruchot Bd. 24 S 245; Kahn in Ziv Arch Bd. 70 S. 412; Langheineken S 154; Nessel in Gruchot Bd 28 S 83; Olshausen S 54; Reincke S 701; Seuffert Kommentar Anm. 1b zu § 771 S. 413; Staub in J W 1887 S 407, S. 421, 1888 S 201, S. 265, S. 296, 1889 S. 127; Str.-Koch Anm. 2 Abs. 8,

des Dritten. Alsdann entspringt die Klage seinem privaten Recht und ist materieller Natur, nur in Bezug auf das Verfahren durch prozessuale Nebenbestimmungen ausgezeichnet.

Um in erfolgreicher Weise die Natur der Klage zu erkennen, ist zunächst auf die Entwicklung dieses Rechtsinstituts in den verschiedenen vor der CPO geltenden und dieser als Grundlage dienenden Prozessrechten einzugehen, ob etwa dadurch die Lösung der Frage gefördert wird. Es liegen bereits eingehende geschichtliche Untersuchungen in der Literatur vor. Insbesondere hat sich Frommhold grosse Verdienste erworben, welcher die Quellen richtig durchforscht und anerkannt anschaulich uns die Entwicklung vorgeführt hat. Seine Ausführungen werde ich im wesentlichen dem folgenden Abschnitt meiner Arbeit zu Grunde legen und insoweit davon absehen, selbständig tiefer in den Entwicklungsgang einzudringen, zumal der Schwerpunkt meiner Arbeit in der Darstellung des geltenden Rechts liegen soll. Nur die Ergebnisse der bisherigen historischen Forschungen will ich für die Beurteilung des heutigen Rechtszustandes verwerten.

§ 2.

Für das Verfahren, welches nach justinianeischem Recht bei Einsprüchen Dritter gegen eine Zwangsvollstreckung eingeschlagen wurde, ist die lex a divo Pio 15 § 4 D de re judicata et de effectu sententiarum et de interlocutionibus 42,1 die allein massgebende Quelle. Sie lautet:

Anm 3 Abs 3 zu § 771; Pretsch in Ziv. Arch. Bd 99 S 445; Weissmann S. 101; Westerburg in Gruchot Bd. 23 S 870; Wilm.-Levy Anm. 1 zu § 690; J. W. 1887 S. 113, 1890 S. 9; S. A. Bd. 42 Nr 187, Bd 39 Nr. 173; R. G. Bd. 3 S. 191.

Si rerum, quae pignoris jure captae sunt, controversia fiat, constitutum est ab imperatore nostro ipsos, qui rem judicatam exsequuntur, cognoscere debere de proprietate: et si cognoverint eius fuisse, qui condemnatus est, rem judicatam exsequuntur. Sed sciendum est, summatim eos cognoscere debere nec sententiam eorum posse debitori praeiudicare, si forte hi dimittendam eam rem putaverint, quasi eius sit, qui controversiam movit non eius, cuius nomine capta est: nec eum, cui restituta est, statim habere per sententiam debere, si forte iure ordinario coeperit ab eo res peti, sic evenit, ut omnibus integris tantum capioni res judicata proficiat, sed illud debere dici, ubi controversia est de pignore id dimitti debere et capi aliud, si quod est sine controversia.

Aus dieser Bestimmung folgt: Zur Entscheidung über den Widerspruch ist der Vollstreckungsrichter berufen, nicht der Prozessrichter: ipsos qui rem judicatam exsequuntur. Der Widerspruch wird begründet entweder durch den Hinweis auf andere unbestritten dem Schuldner gehörige Vermögensstücke, welche zur Befriedigung des Gläubigers hinreichen, oder, wenn solche fehlen, durch die Behauptung des Eigentums oder eines andern dinglichen Rechts. Im ersten Falle wird die Sache ohne weiteres freigegeben. Im zweiten Falle findet ein Verfahren statt, in welchem summarisch lediglich entschieden wird (summaria cognitio), ob die gepfändete Sache zum Vermögen des Schuldners gehört. Der Entscheidung über die controversia kann ein ordinarium folgen, dessen Gegenstand das behauptete Eigentum oder dingliche Recht ist. Der Entscheidung im summarischen Verfahren wohnt keine materielle Rechtskraft

inne. Weder kann sich der Dritte auf die ihm günstige (nec sententiam eorum posse debitori praejudicare, si forte hi dimittendam eam rem putaverint), noch der Gläubiger auf die dem Dritten ungünstige Entscheidung (nec eum, cui restituta est statim habere per sententiam debere, si forte jure ordinario coeperit ab eo res peti) berufen.[1] [2])

Die italienische Jurisprudenz des Mittelalters hat den Charakter des Freigebungsantrags im alten römischen Recht ziemlich unverändert bewahrt.[3]) Neben diesem Freigebungsantrag kam eine ordentliche Klage gegen den Vollstreckungsgläubiger vor, welche als eine zivilrechtliche Eigentumsklage aufgefasst wurde und zur rechtskräftigen Feststellung der Eigentumsfrage führte.[4])

Auch im ältern deutschen Recht finden wir den Grundsatz, dass nur das Vermögen des Schuldners dem Gläubiger haftet. In der überwiegenden Anzahl der deutschen Rechtsquellen wird denn auch dem Eigentümer ein Widerspruchsrecht gegen die

---

[1]) Frommhold S 13 ff., Gütermann S. 3, 4, 19.

[2]) s. auch Francke Z. f. Z. P. Bd. 38, S. 374 ff., der S. 376 ebenda zu dem Resultat kommt, dass „kein Grund vorliegen dürfte zu der Annahme, dass die Verordnung Caracallas, von welcher die l. 15 § 4 berichtet, eine Verwaltungsbeschwerde oder einen besondern neuen prozessualen Rechtsbehelf eingeführt und nicht vielmehr das Verfahren über bestimmte Ansprüche aus dem bürgerlichen Rechte unter bestimmten Umständen zum Zwischenverfahren einer Zwangsvollstreckung gehabt habe“ a. A. von Schrutka-Rechtenst. („Zur Dogmengesch. und Dogmat . . “ 1, 14—50), der in der sententia der l. 15 § 4 Dig. 42,1 eine Verwaltungsmassregel der die Zwangsvollstreckung anordnenden oder beaufsichtigenden Behörde erblickt

[3]) s. Frommhold S. 27 ff. im Gegensatz zu v Schrutka-Recht. (Dogmengesch. S. 54, 58, 115), nach dessen Ansicht sich der Freigebungsantrag in dieser Zeit bereits zur Exszindierungsklage fortentwickelt hat.

[4]) Frommhold S. 59.

Pfändung eingeräumt. Dieses Widerspruchsrecht machte der Dritte in einer Klage geltend, welche zivilrechtlicher, genauer dinglicher Natur war.[1]) Solche Widerspruchsklagen kamen allerdings, wenn es sich um eine Exekution in eine species handelte, weniger vor. Dies hatte seinen Grund in dem eigentümlichen Gerichtsverfahren. Jeder Prozess gestaltete sich als eine förmliche Gemeindeangelegenheit. Derjenige, welcher einem Prozess beiwohnen kann, hat bei Strafe der Ausschliessung seine bessern Rechte geltend zu machen.

Die Widerspruchsklage im gemeinen Recht baut sich auf römisch-rechtlicher Grundlage auf. Der Widerspruch seitens eines Dritten gegen die Exekution wird als eine Intervention angesehen. Da sie sich im Vollstreckungsverfahren ereignet, wird sie als Exekutionsintervention den beiden andern Arten: Haupt- und Nebenintervention als besondere Gattung zugesellt.[2]) Was das Verhältnis der controversia zum ordinarium anlangt, so war letzteres regelmässig geworden, so dass das Verfahren der lex 15 § 4 völlig entbehrt werden konnte. Die controversia sank lediglich zu einem Attribut des Widerspruchsverfahrens herab. Zu einer klaren Vorstellung über das Wesen der Widerspruchsklage ist man augenscheinlich nicht gelangt. Wahr-

[1]) Frommhold S. 102.

[2]) Diese Auffassung der Exekutionsinterventionsklage möge schon an dieser Stelle seine Widerlegung finden. Der innere Unterschied zwischen der Exekutionsinterventionsklage einerseits und der Haupt- und Nebenintervention andererseits ist bei dieser Auffassung nicht beachtet. Es ist unrichtig, allein auf das äussere Moment: Das Dazwischenkommen des Dritten, Gewicht zu legen. Denn im Falle der Haupt- und Nebenintervention wird das Recht des Dritten überhaupt verneint und von dem Dritten in Anspruch genommen. Bei der Exekutionsintervention dagegen soll dem Gläubiger nur das Recht abgesprochen werden, sich speziell aus diesem Gegenstande zu befriedigen.

scheinlich hat man weniger an eine prozessrechtliche Beschwerde als vielmehr an eine materiellrechtliche Klage (rei vindicatio, actio in rem negatoria), die sich auf das Eigentum oder die diesem analog stehenden Rechte gründete, gedacht.[1])

Der Gestaltung des gemeinen Interventionsprozesses schlossen sich im wesentlichen die deutschen Partikulargesetzgebungen an. Nach der „Allgemeinen Gerichtsordnung für die preussischen Staaten vom 6. Juli 1793" war zwar das Hauptverfahren ein summarisches, aber nur in prozessualer, nicht in materieller Beziehung.[2]) Sie bestimmt in Teil I Titel 24 § 75 und § 76:

> § 75. Meldet sich bei oder nach der Auspfändung jemand, welcher behauptet, dass die gepfändeten Sachen nicht dem Schuldner sondern ihm zugehören, so muss der Exekutor, wenn noch andere Gegenstände, in welche die Exekution vollstreckt werden kann, vorhanden sind, diese mit Uebergehung der in Anspruch genommenen angreifen, sonst aber mit der Auspfändung fortfahren, die Intervenienten wegen näherer Ausführung des sich angemassten Eigentums an das Gericht verweisen und die von ihm angesprochenen Stücke in seinem Verzeichnisse besonders vermerken.
>
> § 76. Von dergleichen vorgefallener Intervention muss der Exekutor sofort berichten, und die Sache muss alsdann zwischen dem Intervenienten einer- und dem Gläubiger und Schuldner andererseits nach Vorschrift des Titels XVIII von der interventione principali ordnungsgemäss, jedoch so schleunig als möglich erörtert werden.[3])

[1]) s. v. Schrutka-Recht. Dogmengesch. S. 136 und Frommhold S. 124.
[2]) s. Gütermann S. 26/27, Frommhold S. 125 ff.
[3]) Für Oesterreich gilt jetzt der § 37 des Gesetzes vom 27. Mai 1896

Das Ergebnis der bisherigen geschichtlichen Untersuchungen ist, dass eine bewusste Trennung zwischen der materiellen und prozessualen Seite nicht zum Ausdruck gebracht ist, dass aber wohl die materielle Seite des Instituts stets scharf hervorgehoben ist. Im Anschluss daran wollen wir zur Betrachtung des geltenden Rechts übergehen und zunächst den Stand der Meinungen wiedergeben, welche über die Natur der Klage niedergelegt sind. Es muss mir versagt sein, alle Konstruktionen in erschöpfender Weise aufzustellen. Es wird genügen, wenn ich die Hauptvertreter und die charakteristischen Unterschiede zwischen den verschiedenen Ansichten berücksichtige. In den beiden Hauptgruppen, welche bereits früher gekennzeichnet sind, machen sich wieder Abweichungen in einzelnen Punkten geltend.

über das Exekutions- und Sicherungsverfahren (Exekutionsordnung). Abs. 1 und 2 dieses Paragraphen mögen der Vollständigkeit halber hier erwähnt werden. Sie bestimmen:

> Gegen die Exekution kann auch von einer dritten Person Widerspruch erhoben werden, wenn dieselbe an einem durch die Exekution betroffenen Gegenstand, an einem Teile eines solchen oder an einzelnen Gegenständen des Zubehörs einer in Exekution gezogenen Liegenschaft ein Recht behauptet, welches die Exekution unzulässig machen würde. Ein solcher Widerspruch ist mittels Klage geltend zu machen; die Klage kann zugleich gegen den betreibenden Gläubiger und gegen den Verpflichteten gerichtet werden, welche in diesem Falle als Streitgenossen zu behandeln sind.

Dazu schreibt noch Abs. 1 des § 39 vor:

> Ausser den in den §§ . . . . 37 angeführten Fällen ist die Exekution unter gleichzeitiger Aufhebung aller bis dahin vollzogenen Exekutionsakte einzustellen:
>
> 1. wenn u. s. w.

§ 3.

Bald nach dem Inkrafttreten der CPO entspann sich ein lebhafter Streit über die Exekutionsinterventionsklage aus § 771 n. F. (§ 690 a. F.) CPO. Während früher in Theorie und Praxis fast allgemein angenommen wurde, dass mit dieser Klage ein durch das materielle Recht gegebenes Privatrecht gegen den in der ungerechten Zwangsvollstreckung liegenden Eingriff geltend gemacht werde,[1]) stellte zuerst Voss[2]) die Theorie auf, die Widerspruchsklage sei ein vom Prozessgesetz geschaffenes Rechtsmittel zur Anfechtung eines staatlichen Vollstreckungsaktes. Er geht davon aus, dass der Vollstreckungsbeamte bei dem Pfändungsakt nur als staatliches Organ in Betracht komme, somit also die Pfändung eine Funktion der Staatsgewalt sei. Nicht der Exekutionsgläubiger hat sich eines Privatunrechts schuldig gemacht, sondern der Staat selbst hat den Bruch mit privatrechtlichen Grundsätzen verwirklicht.

Bei diesem Konflikt zwischen dem öffentlichen Recht und Privatrecht musste die Prozessordnung die Lücke im Privatrecht des Dritten, die sie selbst herbeigeführt hatte, von sich aus wieder ausfüllen. Dieser Ersatz konnte nur auf prozessrechtlichem Boden geschaffen werden, da ein Privatverhältnis zwischen dem Dritten und dem Exekutionsgläubiger nicht besteht. Voss findet die Bestätigung seiner Ansicht in dem Wortlaut des § 771. Die Klage ist nicht eine „Klage" schlechthin, sondern eine „Widerspruchsklage": § 771 schreibt vor, dass der Widerspruch gegen die Zwangsvollstreckung im Wege der Klage geltend zu machen sei. Damit hat nach An-

[1]) Gruchot Bd. 50 S. 807.

[2]) Gruchot Bd. 23 S. 232 ff, Bd. 25 S. 349 ff; Ziv. Arch. Bd. 66. S. 161 ff, Bd. 76 S. 281 ff.; Ihering's Jahrb. Bd. 23 S. 43 ff.

sicht von Voss das Gesetz zum Ausdruck gebracht, dass nicht die gewöhnliche Verfolgung des materiellen Rechts vorliegt, sondern das vom Prozessgesetz gegebene Rechtsmittel eines staatlichen Vollstreckungsaktes. Die Widerspruchsklage ist demnach ein gesetzlich geregelter Angriff gegen eine gleichfalls gesetzliche Massregel des Widerspruchsgegners. Allerdings ist der Anfechtungsgrund gegen den Vollstreckungsakt dem dinglichen Recht entnommen, welches durch den Pfändungsakt verletzt wird, aber die Eigentumsklage wird nur präjudiziell entschieden.[1])

Diese Ansicht von Voss fand zuerst wenig Anklang. Voss suchte jedoch seine Ansicht in immer neuen Aufsätzen zu begründen. Allmählich haben sich eine grosse Zahl Anhänger dieser Theorie gefunden.[2]) Als der bedeutendste unter ihnen ist von Schrutka-Rechtenstamm zu nennen, welcher in seiner Schrift „Zur Dogmengeschichte und Dogmatik der Freigebung fremder Sachen im Zwangsvollstreckungsverfahren . . .“ die geschichtliche Entwicklung der Widerspruchsklage in eingehender Weise dargelegt und die prozessrechtliche Theorie scharf und klar gekennzeichnet hat.[3]) Er gelangt zu folgendem Ergebnis:

Die Klage richtet sich wider eine von der Obrigkeit getroffene (exekutorische) Verfügung und bezweckt deren Aufhebung auf Grund erneuter Prüfung ihrer Voraussetzungen. Schrutka versucht einen juristisch-technischen Begriff des Rechtsmittels zu konstruieren. Er gibt zu, dass ein solcher in der CPO bereits festgelegt ist, glaubt aber, dass die Theorie an die Auffassung des Gesetzes nicht gebunden ist. Er versteht

[1]) s. Voss in Gruchot Bd 25 S. 349 ff., Ziv. Arch. Bd. 76 S. 284 ff.

[2]) s. S. 5 Anm. 1.

[3]) Gruchot Bd. 50 S. 808.

unter dem weiteren Begriff des Rechtsmittels jedes speziell von der Rechtsordnung geschaffene Mittel, durch welches die Aufhebung oder Abänderung einer obrigkeitlichen Entscheidung oder Verfügung durch dieselbe oder durch eine andere Obrigkeit herbeigeführt werden soll.[1]) Sie ist ein prozessuales Institut, nicht nur in dem Sinne wie dies jede Klage ist, nicht nur ihrer Form nach, sondern auch nach ihrem innern Gehalt. Die „die Veräusserung hindernden Rechte" bilden gewissermassen die „Aktivlegitimation" zur Einlegung des Rechtsmittels. Der Umkreis der klageberechtigten Personen schliesst ab mit der Grenze des juristischen Interesses: „Die Exszindierungsklage ist eine Klage, mittels welcher ein an der Exszindierung interessierter Dritter gegen den Exekutionssucher die Nichtzugehörigkeit des saisierten Gegenstandes zu dem Vermögen des Exequendus geltend macht."[2])

Von den beiden Fragen, ob der Exekutionssucher berechtigt war, auf das saisierte Vermögensstück zu greifen, sowie ob der Dritte hierdurch in seinem Besitz, Eigentum oder andern Rechten verletzt ist, bezw. ob demselben ein die Veräusserung dieses Vermögensstückes hinderndes Recht zustehe, liegt nach Schrutka's Ansicht das Schwergewicht auf der ersten Frage.[3]) Der Beweis des eigenen Rechts kommt also nur insoweit in Betracht, als er dazu dient, das Nichtrecht des Schuldners zu beweisen.[4])

Zu dem gleichen Resultat gelangt Bunsen.[5]) Dem Gerichts-

---

[1]) v. Schrutka-Recht S. 99 a. a. O.

[2]) Grünhuts Z Bd. 13 S. 313.

[3]) v. Schrutka-Recht. S. 109. a. a. O.

[4]) s. Gütermann S. 62, 63.

[5]) „Die Lehre von der Zwangsvollstreckung" § 17.

vollzieher, der nicht als Vertreter des Gläubigers, sondern als Beamter handelt, kann nicht zugemutet werden, bei dem Akt der Pfändung erst zu untersuchen, welche einzelnen Sachen zu dem Vermögen des Schuldners gehören. Derselbe hat lediglich zuzugreifen. Wird nun durch einen solchen Akt in die Vermögenssphäre des Dritten eingegriffen, so muss konsequentermassen auch das Prozessrecht den Dritten schützen, ohne dass dieser seine Zuflucht zu einer zivilrechtlichen Klage zu nehmen hätte. Diese würde ihm ausserdem wenig nützen, da hier Recht gegen Recht steht, von einer Rechtsverletzung also keine Rede sein kann. Nun bildet allerdings das materielle Recht die Voraussetzung, nicht aber den Gegenstand der Klage. Es wird also nicht über das Eigentum, das sonstige dingliche Recht, den Besitz des Dritten entschieden, sondern nur über die Frage, ob die Zwangsvollstreckung für wirksam oder für unwirksam zu halten ist. Es handelt sich also um einen eigenen gegen den Gläubiger im Zwangsvollstreckungsverfahren gegebenen Anspruch desjenigen, in dessen Rechtssphäre eingegriffen ist, um eine Klage, welche ihre causa nicht dem Zivilrecht sondern dem Prozessrecht entnimmt.[1])

Einen rein prozessualen Charakter legt auch Gaupp-Stein der Widerspruchsklage bei. Gaupp-Stein sagt[2]): Der Wortlaut des § 771 ist zwiespältig, denn der erste Satz stellt die Behauptung des Rechtes, der Nachsatz den Widerspruch in den Vordergrund und das Gesetz sagt nicht, welche Rechte es als die Veräusserung hindernd ansieht. Das praktische Bedürfnis weist auf das entschiedenste darauf hin, die Klage auch dem obligatorisch Berechtigten zu gewähren. Zum Vergleich zieht Gaupp-Stein

[1]) Bunsen § 17 cf. Falkmann § 17.

[2]) Gaupp-Stein Bd. 2 Anm. I. zu § 771 S. 492.

den § 43 KO heran, der bei völlig gleicher Sachlage die Aussonderung auch auf Grund persönlicher Ansprüche zulasse, sowie den § 810 Abs. 2 CPO, der dasselbe allen nach § 10 ZVG Berechtigten gewähre. Da Gaupp-Stein der Ansicht ist, dass bei einer privatrechtlichen Auffassung die Klage notwendig dem obligatorisch Berechtigten verschlossen ist, sieht er sie als eine selbständige prozessrechtliche an, und zwar als eine Feststellungsklage, da der pfändende Gläubiger zu einer Leistung nicht verurteilt wird. „Den Gegenstand der Feststellung bildet weder das Recht des Dritten (das wäre die abgelehnte privatrechtliche Auffassung) noch auch das Nichtrecht des Schuldners." Gaupp-Stein begründet diesse seine Ansicht mit der Fassung des § 771: „Widerspruch gegen die Zwangsvollstreckung" sowie mit der Fassung des § 775 Nr. 1:

„Die Zwangsvollstreckung ist einzustellen oder zu beschränken,

wenn die Ausfertigung einer vollstreckbaren Entscheidung vorgelegt wird, aus welcher sich ergibt, ... dass die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt ist."

Nach der Fassung dieser Paragraphen würde nach Ansicht Gaupp-Stein's ein Ausspruch über das Recht des Dritten oder das Nichtrecht des Schuldners „dem praktischen Ziele der Klage nicht genügen"; vielmehr „wird im Urteile nur über die prozessrechtliche Frage der Rechtmässigkeit des konkreten Vollstreckungsaktes entschieden."[1])

Bei dieser Gruppe muss ferner in gewissem Sinne Rocholl genannt werden,[2]) welcher in der Widerspruchsklage aus § 771 CPO eine der von ihm genannten „Konfliktsklagen" er-

[1]) Gaupp-Stein Bd. 2 Anm. I zu § 771 S. 492.

[2]) s. Frommhold S. 192.

kennt. Rocholl unterscheidet 3 Gattungen von Klagen: Leistungs-, Feststellungs- und Konfliktsklagen. Die letztern sollen nicht die Feststellung eines Rechtsverhältnisses oder die materiellen Folgen eines solchen zum Gegenstande haben, sondern die Kollision zweier unter einander bestehenden Rechtsverhältnisse zu lösen bestimmt sein. Das Eigenartige dieser Konfliktsklagen besteht nach Rocholl darin, dass es sich bei ihnen um zwei oder mehrere ganz verschiedene Rechtsverhältnisse handelt, welche an und für sich neben einander bestehen können, aber aus irgend einem Rechtsgrunde mit einander kollidieren, so dass die Wirkung des einen zu Gunsten des andern ganz oder teilweise beschränkt werden muss. Danach müsste bei der Konfliktsklage aus § 771 die Lösung der Kollision des zwischen Gläubiger und Schuldner bestehenden Rechtsverhältnisses einerseits und eines zwischen dem Gläubiger und dem Dritten bestehenden Rechtsverhältnisses anderseits in Frage kommen. [1][2])

Im Anschlusse an die bisherigen Schriftsteller ist die Theorie Wach's[3]) wegen ihrer grundsätzlichen Aehnlichkeit zu besprechen. Wach konstruiert einen besondern Rechtsschutzanspruch. Ein persönlicher Anspruch kann an sich nur in

---

[1]) vgl. Z. f. Z. P. Bd. 8 S. 329 ff., insbes. S 413 ff; Rocholl Rechtsfälle aus der Praxis des Reichsgerichts Bd. II Heft 1 (Breslau 1885) S. 114 ff, 171 177—179; Kahn S. 412.

[2]) Es mögen schon an dieser Stelle die gegen Rocholl's Theorie klar und deutlich sprechenden Gründe eingefügt werden, zumal diese Theorie allgemein keinen Anklang gefunden hat. Vor der Vollstreckungshandlung besteht gar kein Rechtsverhältnis. Ein solches wird erst durch die Vollstreckung geschaffen. Der Dritte begehrt nicht die Lösung eines Konflikts, sondern die Aufhebung der Vollstreckungsmassregel.

[3]) „Der Feststellungsanspruch" S 21 f.

einer Klage verfolgt werden, in welcher die Parteien die Rechtssubjekte des streitigen obligatorischen Rechtsverhältnisses sind. Aber die Klage kann auch den Inhalt eines persönlichen Anspruchs bilden, wenn dieselbe nicht nur zwischen den Subjekten des obligatorischen Rechtsverhältnisses sondern gegen Dritte gegeben wird;[1]) und zwar „geniesst die Obligation gegen Dritte Rechtsschutz in Form der Feststellungsklage gegen Dritte, wenn deren Rechtsprätension das rechtliche Feststellungsinteresse begründet; sie geniesst ihn ferner in der Form der Hauptintervention, in der Form der Aussonderungsklage im Konkurse, sowie auch in der Form der gegen den pfändenden Gläubiger gerichteten Vollstreckungsintervention.“[2]) Würde der Schuldner die hinterlegte oder geliehene Sache veräussert oder verpfändet haben, so würde dem Eigentümer gegen den Erwerber oder Pfandnehmer keine Klage zustehen. Aber da das Prozessgesetz an der Zufügung des Unrechts Teil genommen hat, so gewährt es dem Dritten die Klage in dem eigenartigen Rechtsschutzmittel des Widerspruchs gegen die Zwangsvollstreckung.[3])

In eigenartiger, scharfsinniger Weise ist in neuerer Zeit Müller in seinem Buche „Die Wirksamkeit des Pfändungspfandrechts“ auf die rechtliche Natur der Widerspruchsklage eingegangen. Müller teilt die zahlreichen Bedingungen für die Wirksamkeit des Pfändungspfandrechts in 2 grosse Gruppen ein, in sachliche und in formelle Bedingungen. Die erstern geben an, aus welchem Grunde und in welchem Umfange es überhaupt zu einer Pfändung kommen kann, die letztern, in welchen äussern Formen die Pfändung vor sich zu gehen hat. Müller

[1]) Wach S. 21.

[2]) eodem.

[3]) eodem S. 22.

sucht auf rein dogmatischer Grundlage den Nachweis zu erbringen, dass die Nichtbeachtung einer sachlichen Bedingung nur Anfechtbarkeit, die einer formellen Bedingung dagegen stets Nichtigkeit zur Folge hat (S. 5.). Er geht wie die übrigen Schriftsteller davon aus, dass von der Pfändung nur die Sachen ergriffen werden dürfen, die zum Vermögen des Schuldners gehören. Lediglich aus Zweckmässigkeitsgründen lässt es die CPO bei der nach äussern Merkmalen verhältnismässig leicht durchzuführenden Prüfung der tatsächlichen Verhältnisse bewenden und erhebt demgemäss im § 808 nur die Zugehörigkeit zu den im Gewahrsam des Schuldners befindlichen Sachen zur formellen Voraussetzung für das Einschreiten des Gerichtsvollziehers. Damit ist nach Müller die rechtliche Verfügungsmacht des Schuldners über die Pfandsache zu einer rein negativen Bedingung, zu einer Pfändungsbeschränkung geworden. Diese Beschränkung ist sachlicher Natur und bezieht sich auf den Umfang des Vollstreckungsanspruchs, bildet aber nicht eine Schranke für das formelle Verfahren[1]). Nun hat nach § 771 der Dritte, welcher an der Pfandsache ein die Veräusserung hinderndes Recht für sich in Anspruch nimmt, dieses Recht im Wege der Widerspruchsklage zu verfolgen. Damit soll schon zum Ausdruck gebracht sein, dass es bei dieser Pfändungsbeschränkung, ehe sie zur Geltung gelangen kann, einer Anfechtung der Vollstreckung bedarf. Ist aber erst eine Anfechtung gemäss § 771 notwendig, um die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung aussprechen zu lassen, so zieht Müller die weitere Schlussfolgerung, dass ohne Anfechtung die Pfändung als wirksam zu gelten hat (S. 91). Diesen Standpunkt sucht Müller noch durch

[1]) Müller a. a. O. S. 89, 90.

weitere Beläge zu begründen[1]). Er kämpft besonders gegen die Ansicht an, welche an alle prozessrechtlichen Erscheinungen ausschliesslich den materiellen Massstab anlegen und das Prozessrecht nur in so weit als wirksam ansehen will, als es sich mit dem materiellen Rechte im Einklang befindet. Häufig erweise sich, wie z. B. § 810 CPO ergebe, das Prozessrecht stärker als das materielle Recht; das Prozessrecht entscheide in erster Linie darüber, ob ein Vollstreckungspfandrecht zur Entstehung gelangen könne oder nicht, und das materielle Recht könne sich nur in so weit zur Geltung bringen, als ihm vom Prozessrecht auf die Begründung oder den Fortbestand des Pfandrechts ein Einfluss eingeräumt sei. Die Klage aus § 771 diene ausschliesslich der sachlich wirksamen, wenn auch fehlerhaften Pfändung und charakterisiere sich demnach als selbständige prozessrechtliche Klage, gerichtet auf Unwirksamkeit des Pfändungsaktes.

Unter den Anhängern der prozessrechtlichen Theorie ist als letzter aus jüngster Zeit Rudolf Sohm jun. zu nennen. Sein aus einer Dissertation hervorgegangenes Werk „Wesen und Voraussetzungen der Widerspruchsklage" (Leipzig 1908) hat in der Literatur Anerkennung und günstige Aufnahme gefunden[2]).

Nach Sohm handelt es sich bei dem Streit der Ansichten über das Wesen der Widerspruchsklage im Grunde um einen versteckten Kampf der Anschauungen über das Wesen vom Klagerecht und seine Arten. Er erblickt in dem Klagerecht eine Unterart des Rechtschutzanspruchs und daher, wie in

[1]) s. Müller a. a. O. S. 92, 93.

[2]) s. D. L. Z. 1909 S. 722; Juristisches Literaturblatt No. 203 Bd. 21 No. 3 S. 70; Gruchot 1909 53. Jahrgang, 4. und 5. Heft S. 755; Zentralblatt für Rechtswissenschaft III. Band, Heft 6 S. 108.

diesem, einen publizistischen gegen den Staat gerichteten Anspruch, durchaus verschieden von dem subjektiven Privatrecht, gerichtet auf ein bestimmtes, dem Klageberechtigten günstiges Urteil[1]). Sohm unterscheidet Feststellungs- und Gestaltungsklagen im weitern Sinne. Der Unterschied beruht darin, dass bei den Gestaltungsklagen über die blosse Feststellung hinaus eine Aenderung des Rechtszustandes angestrebt wird (S. 31). Unterarten der Gestaltungsklagen im weitern Sinne bilden die Leistungsklage und die Gestaltungsklage im engern Sinne (S. 30, 31). Bei der Untersuchung, welcher dieser Klagearten die Widerspruchsklage angehört, geht Sohm von der Prüfung aus (S. 35), was der Inhalt des auf die Widerspruchsklage ergehenden, dem Klageantrag entsprechenden Urteils ist. Sohm lehnt alle diejenigen Theorien ab, nach denen das Urteil selbst die Aufhebung der Vollstreckungsmassregeln herbeiführt und die demzufolge die Widerspruchsklage als eine „prozessgestaltende“ oder „Rechtsmittelklage“ bezeichnet haben.[2]) Er scheidet deshalb mit Langheineken die „unmittelbare“ Wirksamkeit eines Urteils scharf von der „mittelbaren“ Wirksamkeit: der Verwendbarkeit, Verwertbarkeit. Er sagt: Nur die unmittelbare Wirksamkeit bestimmt den „begrifflich wesentlichen“ Urteilsinhalt und damit den Charakter der Klage. Sohm sieht in den Anordnungen des Urteils über die Aufhebung der Vollstreckungsmassregeln nicht „begrifflich wesentliche“ Urteilsbestandteile. Die nach §§ 775, 776 CPO vom Dritten erwirkte Aufhebung ist nach ihm nur ein Resultat der Ver-

[1]) Sohm a. a. O. S. 29.

[2]) also die Theorien v. Schrutka (Z. Dogmengesch. u. Dogm d. Freig fr. S.); Kirsch (Beiträge zur Urteilslehre); Du Chesne (Die Klage aus § 771. der CPO, Sächs. Arch. f. bürg R. Bd. 13 S. 616 ff., bes. S. 620).

wertbarkeit des Urteils, seiner mittelbaren und nicht seiner unmittelbaren Wirksamkeit. Die Zwangsvollstreckung ist von vornherein unzulässig und das dem Dritten günstige Urteil, das die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt, macht nicht erst die Vollstreckung unzulässig, sondern beschränkt sich hinsichtlich der Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung lediglich auf die Feststellung. Deshalb kann nach Sohm von einer konstitutiven Natur des Urteils nicht die Rede sein."[1]) Die Frage, ob das Urteil lediglich eine Feststellung enthalte, wird verneint. „Durch das dem Dritten günstige Urteil wird diesem eine Rechtsstellung verliehen, die sich fundamental von seiner bisherigen Rechtsstellung unterscheidet ... Diesen Wandel zu erklären, gibt es nur einen Weg: Das dem Dritten günstige Urteil schafft dem Dritten ein Recht, das er vorher nicht besass und das ihm die Macht verleiht, die Vollstreckungsorgane nach seinem Wunsche arbeiten zu lassen ... Die Erzeugung dieses Rechts hindert uns aber, die Widerspruchsklage für eine Feststellungsklage anzusehen."[2])

Auf die weitere Frage, ob die Widerspruchsklage als Leistungsklage oder als Gestaltungsklage im engern Sinne aufzufassen ist, findet Sohm die Antwort in der Natur des Rechts. Das Recht ist auf Aufhebung der Vollstreckungsmassregeln, also auf eine „Vollstreckung im weitern Sinne" gerichtet. Ein solches Recht kann aber nur als ein publizistischer, gegen den Staat gerichteter Anspruch gedacht werden. Da dieser Anspruch zum Schutze der Rechte des Dritten gegen eine widerrechtliche Zwangsvollstreckung verliehen ist, so ist er eine Art des Rechtsschutzanspruchs, und da dieser Rechtsschutzanspruch

[1]) Sohm a. a. O. S. 41.

[2]) eodem

auf eine Vollstreckung im weitern Sinne gerichtet ist (denn die Vollstreckung erfolgt nicht nach § 803 ff, sondern nach §§ 775, 776 CPO), so ergibt sich, dass er kein „Vollstreckungsanspruch“ in dem Sinne ist, in dem ihn die Literatur bisher kennt, dass also die Widerspruchsklage keine Leistungsklage ist.[1])

Sohm kommt demgemäss zu dem Schluss, dass die Widerspruchsklage eine Gestaltungsklage ist, die auf die Aenderung des prozessrechtlichen Zustandes gerichtet ist. Die Aenderung des prozessrechtlichen Zustandes erblickt Sohm in der Erzeugung des auf eine Vollstreckung im weitern Sinne gerichteten Rechtsschutzanspruchs. Er bezeichnet ihn als einen „Vollstreckungsanspruch in weitern Sinne“ im Gegenzatz zu dem bisher bekannten „Vollstreckungsanspruch im engern Sinne.[2])

Hiermit möge die Erörterung der Ansichten derjenigen, die in der Widerspruchsklage einen rein prozessualen Charakter erkennen, ihren Abschluss finden. Bevor ich mein Urteil über dieselben abgebe, soll die Auffassung derjenigen, die in der Widerspruchsklage eine materielle sehen, und zwar wiederum nur die Hauptvertreter dieser Ansicht, wiedergegeben werden. Auch in dieser Gruppe bemerken wir in den einzelnen Konstruktionen Abweichungen. Die einen halten die Klage aus § 771 CPO für eine Feststellungsklage, die andern für eine Leistungsklage, wiederum andere heben den dinglichen Charakter der Klage hervor, sie wird speziell als rei vindicatio bezeichnet, von andern als actio negatoria.

Seuffert's Ansicht geht dahin[3]): „Insofern die Klage einen

[1]) Sohm a. a. O S. 42.
[2]) eodem S. 43.
[3]) Seuffert Bd. 2 CPO § 771 Anm. 10 S. 414.

Ausspruch über die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung verlangt, ist sie eine prozessrechtliche Klage, denn die Vollstreckung ist eine zum Prozess gehörende Tätigkeit staatlicher Organe. Da aber diese Klage die Vollstreckungsmassregeln nicht aus prozessrechtlichen, sondern aus Gründen des materiellen Rechts bekämpft, dient sie zum Schutze des materiellen Rechts und darf daher nicht als eine blos im Dienste des Prozessrechts stehende Klage charakterisiert werden." Seuffert erblickt in der Klage die negative Feststellungsklage. Zu einem Antrag auf positive Feststellung des vom Kläger behaupteten Rechts gegenüber dem Schuldner bietet nach Seuffert's Ansicht der Prozess gegen den Gläubiger keinen Anlass, selbst in dem Falle nicht, wenn der Beklagte dieses Recht bestreitet, weil dadurch kein Rechtsverhältnis zwischen dem Kläger und dem Beklagten sondern ein Rechtsverhältnis zwischen Kläger und Schuldner betroffen wird; ein Rechtsverhältnis zwischen andern Personen als den Parteien kann aber nicht Gegenstand des Feststellungsprozesses sein.

Gleicher Ansicht ist Struckmann-Koch.[1]) Gegen die Ansicht, der Grund der Klage liege im Prozessrecht, betont er ausdrücklich, dass dieses nur die prozessuale Geltendmachung des durch die begonnene Zwangsvollstreckung beeinträchtigten Rechts regelt. „Klagegrund ist vielmehr das vom Kläger behauptete, die Vollstreckung hindernde Recht an dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung."[2])

Langheineken[3]) sieht in der Widerspruchsklage eine positive Feststellungsklage. „Lediglich das klägerische Recht

[1]) Str.-Koch § 771 No. 2 und 3.

[2]) Str.-Koch § 771 Nr. 3.

[3]) a. a. O. S. 152 ff.

wird unmittelbar in dem dem widersprechenden Dritten günstigen Urteil festgestellt, und zwar ein solches Recht, welches geeignet ist, die Zwangsvollstreckung in ein dem Dritten gehöriges Vermögensstück zu hindern.“ Allerdings können nach der Ansicht Langheineken's Anordnungen, betreffend die Einstellung der Zwangsvollstreckung oder die Aufhebung der Vollstreckungsmassregeln im Urteil, enthalten sein (§ 771 Abs. III); aber diese (übrigens nicht an den Beklagten, sondern an die Vollstreckungsorgane gerichteten) Anordnungen müssen nicht notwendig im Urteil auftreten, sind also nicht essentielle, begrifflich wesentliche Bestandteile des Urteils und tangieren deshalb dessen Eigenschaften als Feststellungsurteil so wenig, wie auch der Umstand, dass die richterliche Feststellung für den Kläger nur das Mittel ist, zu verhindern, dass die in fremdes Vormögen stattfindende Zwangsvollstreckung auf das Gebiet seiner Vermögensrechte übergreife.“ Die Klage richtet sich nicht gegen ein Vollstreckungsrecht des Exekutionsgläubigers, denn dieser kann einen Vollstreckungsanspruch in das Vermögen des Dritten nicht geltend machen und tut es auch nicht. Um die Ausschliessung des Vermögensstücks von der Zwangsvollstreckung herbeizuführen, muss der Kläger ein „die Zwangsvollstreckung hinderndes Recht“, d. h. ein Recht auf restituere besitzen. „Dieses Recht muss also zur urteilsmässigen Feststellung gelangen. Hat der Kläger diesen Erfolg erreicht, so ist nunmehr der Gerichtsvollzieher zur Freigabe des Objekts der Pfändung verpflichtet und zwar nicht als Mandatar des Beklagten, des Exekutionsgläubigers (denn dieser kann ihn nicht von dieser Verpflichtung dispensieren), sondern als Organ des Staates, der staatlichen Vollstreckungsgewalt.“ [1])

[1]) Langheineken S. 153.

Frantz[1]) ist der Ansicht, § 771 CPO enthalte nur die prozessuale Form der Geltendmachung der Klage: „Da das Gesetz über die materiellen Voraussetzungen, unter denen die Exekutionsintervention erhoben wird, nichts sagt, so schafft es kein Rechtsmittel mehr, sondern setzt vielmehr eine Klage voraus: Diese soll in der Form des Widerspruchs erhoben werden, wenn nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts „ein die Veräusserung hinderndes Recht" gegeben ist. Es liegt also nach Frantz in der Widerspruchsklage eine gewöhnliche Klage in bestimmter, von der Prozessordnung gegebener Form vor. Das Recht, auf Grund dessen der Dritte seinen Widerspruch geltend macht, ist nur das Eigentum. Dem Eigentum entspringen nun, je nachdem es an seiner freien Entfaltung gehindert ist, zwei Klagen: die rei vindicatio und die actio negatoria. Jene geht auf Herausgabe der vorenthaltenen Sache, diese auf eine Verneinung des Rechts des andern und richtet sich gegen jede Eigentumsverletzung, welche nicht in der Vorenthaltung der Sache besteht. Die rei vindicatio richtet sich gegen denjenigen, der die Sache besitzt; bei der actio negatoria ist der Kläger Besitzer, also in unserm Fall mittelbarer Besitzer; er verlangt von dem Beklagten, dass er jede Rechtsausübung auf sein Eigentum zu unterlassen habe. Kläger verlangt, dass Beklagter seine „Hand von der Sache lasse", weil sie ihm gehöre. Das Prinzipale dieses dinglichen Anspruchs ist also das Negative: er soll nicht verletzt werden. Ist nun eine Verletzung eingetreten, so verwandelt sich dieser Anspruch in den auf Wiederaufhebung der Verletzung, also auf ein Tun des Beklagten. Dieses letztere ist mithin lediglich ein Sequens des erstern und ein obligatorisches Nebenmoment des erstern.[2])

Sehr eingehend ist die Frage, ob durch § 771 CPO ein

[1]) a. a. O. S. 22—25.

[2]) eodem.

Rechtsmittel für den unbeteiligten Dritten neu geschaffen oder nur prozessrechtlich sanktioniert ist, von Frommhold[1]) behandelt worden. Die Prozessordnung hat, wie Frommhold sagt, die Widerspruchsklage nicht geschaffen, sondern nur einem materiellen Gedanken prozessualen Ausdruck verliehen, ihn vor Zweifeln nicht an seiner Existenz überhaupt, sondern in Bezug auf die Form seiner Geltendmachung sichergestellt. Würde die CPO den § 771 nicht gegeben haben, so würde das materielle Recht des Dritten dennoch im Wege der Klage verfolgt werden können, welche sich aus dem jedesmaligen Rechtsverhältnis ergibt.[2]) Ein prozessualisches Institut ist nach Frommhold's Ansicht die Widerspruchsklage ebenso wie die einfache Klage, die Haupt- und Nebenintervention, die Berufung, die Revision, die Beschwerde, die Restitutions- und Nichtigkeitsklage, bei denen auch die Feststellung und Verwirklichung des materiellen Rechts erstrebt wird. Frommhold stützt seine Ansicht insbesondere auf die geschichtliche Entwicklung dieses Rechtsinstituts, welche darin gipfelte, dass begrifflich die Exekutionsintervention als eine besondere Art der Hauptintervention aufgefasst wurde.[3]) Auch im geltenden Prozessrecht findet Frommhold eine gewisse Uebereinstimmung der Hauptintervention und der Exekutionsintervention. Bestätigt findet Frommhold ferner den materiellen Charakter der Widerspruchsklage in dem Wortlaut des § 771. Er interpretiert den Paragraphen folgendermassen: „Wenn ein Dritter an dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung ein Recht zu haben behauptet, welches durch die Veräusserung dieses Gegenstandes verletzt

---

[1]) a. a. O. S. 222 ff.

[2]) Frommhold S. 200

[3]) eodem S. 223.

oder beeinträchtigt wird, dann darf er der Zwangsvollstreckung widersprechen, und zwar soll er dies tun, nicht wie im römischen Recht durch Beschwerde oder Einstellungsgesuch, sondern im Wege einer Klage, für die besondere Bestimmungen gelten."[1])

§ 4.

Wie aus den vorhergehenden Ausführungen über den Stand der Streitfragen hervorgeht, ist für die Charakteristik der Widerspruchsklage der Konflikt zwischen dem privaten und dem öffentlichen Recht in der Zwangsvollstreckung von entscheidender Bedeutung. Wäre die Zwangsvollstreckung eine Befugnis des Gläubigers in dem Sinne, dass der Gläubiger die Zwangsvollstreckung in eigener Person betriebe, so würde die Charakteristik der Widerspruchsklage keine Schwierigkeiten bereiten. Würde der Gläubiger über das Vermögen des Schuldners hinaus in die Vermögenssphäre dritter Personen übergreifen, so wäre dies eine Rechtsverletzung wie jede andere. Der Berechtigte würde dieselbe wie jeden widerrechtlichen Angriff auf seine Rechtsgüter zurückschlagen können. Das Privatrecht des Dritten wäre durch die Vollstreckung des Gläubigers verletzt, und zwar würde der Dritte sein Recht im Wege des Prozesses verfolgen können.[2])

Im Interesse eines geordneten Staatswesens gewährt die CPO dem Gläubiger nicht das Recht, selbsttätig die Zwangsvollstreckung zu betreiben. Das Gericht und der Gerichtsvollzieher sind vom Staat gesetzte Organe, deren Aufgabe es ist, dem Gläubiger, der einen vollstreckbaren Titel hat, zur

[1]) Frommhold S. 230.

[2]) Gütermann S. 68. 69

Befriedigung zu verhelfen. Dem ist es selbstverständlich zuzuschreiben, dass in dem Zwangsvollstreckungsverfahren öffentlich rechtliche Gesichtspunkte massgebend sind. Das Gericht bezw. der Gerichtsvollzieher sind bei der Vollstreckung unbestreitbar als öffentliche „Funktionäre", also in Ausübung der öffentlichen Staatsgewalt tätig. Daher geniesst der Gerichtsvollzieher publica fides, hinter ihm steht der Schutz der Staatsgewalt und des Strafgesetzes, daher hat er überhaupt die Befugnis, zu pfänden, und ist jeder unbedingt verpflichtet, diese Pfändung auch da, wo sie in casu zur Ungebühr erfolgt ist, solange anzuerkennen, bis sie im Wege der Beschwerde oder im Prozesswege aufgehoben ist.[1])

Neben dieser öffentlich rechtlichen Seite der Zwangsvollstreckung ist die privatrechtliche nicht zu verkennen. Die Pfändung geschieht nicht blos, um „den abstrakten Gedanken des Rechtsstaats zu verwirklichen", sondern in erster Linie im Interesse des Gläubigers, der eben auf diese Weise zu seinem Gelde kommen will.[2]) Sein Wille ist für den ganzen Verlauf des Vollstreckungsverfahrens ausschlaggebend; auf seinen Antrag wird es begonnen, auf seinen Antrag jeder Zeit beendet. Die Vollstreckungsorgane handeln nicht von Amts wegen, sondern im Auftrage des vollstreckenden Gläubigers. Das Rechtsverhältnis, welches zwischen dem Gerichtsvollzieher und dem Gläubiger besteht, ist ein Dienstvertrag. Dementsprechend vereinigen sich auch alle privatrechtlichen Wirkungen in der Person des Gläubigers. Da der Zweck, den die Zwangsvollstreckung verfolgt, unverkennbar ein privatrechtlicher ist, so erwirbt der Gläubiger, nicht der Staat, an den ge-

[1])Westerburg, Gruchot Bd. 23 S. 874.

[2]) eodem

pfändeten Gegenständen das Pfandrecht. Der Gläubiger ist also in letzter Linie Subjekt der Zwangsvollstreckung, allerdings nicht in dem Sinne, dass er auch tatsächlich die Zwangsvollstreckung durchführt, denn diese rein äusserliche Tätigkeit ist ihm, wie wir schon oben ausführten, im Interesse der öffentlichen Ordnung genommen und einem staatlichen Organe übertragen.[1]) Ist aber der Gläubiger als Subjekt der Zwangsvollstreckung zu betrachten, dann muss er auch als Urheber der Vollstreckung allein für die Folgen haften. Nimmt die Zwangsvollstreckung einen ordnungsmässigen Verlauf, führt sie aber zu materiellen Ungerechtigkeiten, so muss dem Dritten, in dessen Vermögenssphäre eingegriffen ist, die Möglichkeit zur Erhebung der Eigentumsklage gegen den Gläubiger gegeben werden.[2])[3])

---

[1]) Gütermann S. 73.

[2]) Tränkner, Mitteilungen aus der Praxis. Ziv. Arch. Bd. 68 S. 415.

[3]) Auch das Reichsgericht hat zu der Frage, ob der Gerichtsvollzieher als beauftragter Vertreter des Gläubigers handelt, mehrfach in unserm Sinne Stellung genommen; s. R. G. Bd. 9, 361; Bd. 10, 233; Bd. 16, 396; Bd. 18, 390; Bd. 20, 389; Bd. 32, 374; ferner Beschluss des R. G. vom 10. Oktober 1895 in R. G. Bd. 39, S. 161; R. G. Bd. 56, 90, s insbes. Plenarentscheidung des R. G in Bd 16, 409: „Das den Gerichtsvollziehern notwendige und verliehene Imperium kommt bei der von ihnen vorzunehmenden Zwangsvollstreckung dem Schuldner, gegen welchen dieselbe vollzogen wird, sowie dritten Personen gegenüber zur Geltung; dem ihn mit der Zwangsvollstreckung beauftragenden Gläubiger gegenüber kann dagegen von einer Zwangsgewalt, welche der Gerichtsvollzieher im Namen des Staates zu üben hatte, nicht die Rede sein, ihm gegenüber kommt von der doppelten Eigenschaft, mit welcher der Gerichtsvollzieher bei Ausübung seiner Dienstgeschäfte bekleidet ist, die des Beauftragten als massgebend in Betracht.“ s. ferner R. G. Bd. 39, 161: „Der Gerichtsvollzieher handelt bei demjenigen Besitzerwerbe, durch welchen nach § 712 (n F. § 808) Abs. 1 und § 713 (n. F. § 809) verglichen mit § 709 (n F § 804) CPO der Gläubiger

Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass der Konflikt zwischen dem privaten und öffentlichen Recht nur ein scheinbarer ist. Die Rechtsverletzung geht vom Gläubiger aus, sie hat denselben Charakter wie jede andere Privatrechtsverletzung.[1]) Der Dritte kann deshalb gegen den Gläubiger wie bei jeder andern Privatrechtsverletzung im Wege des Prozesses die Beseitigung der Verletzung durchführen. Die den materiellrechtlichen Charakter der Klage leugnenden Theorien, welche sich darauf stützen, dass es sich um die Beseitigung einer zu Unrecht ergangenen staatlichen Vollstreckungsmassregel und die Lösung des dadurch zwischen öffentlichem und privatem Recht entstandenen Konflikts handele, gehen demnach von einer falschen Voraussetzung aus.

Nun begründen die Anhänger der prozessrechtlichen Theorie den prozessrechtlichen Charakter der Widerspruchsklage damit, dass eine das Widerspruchsrecht begründende Norm im Prozessrecht ihre Stelle gefunden habe. Aber dieser Einwand ist nicht stichhaltig. Denn es gibt eine Anzahl materieller Bestimmungen, welche aus Zweckmässigkeitsgründen in der CPO ihre Aufnahme gefunden haben. Verwiesen sei nur auf die §§ 91 ff., welche die Verpflichtung zur Tragung der Prozesskosten regeln, ferner auf § 804, welcher dem pfändenden Gläubiger im Zwangsvollstreckungsverfahren ein Pfandrecht gewährt. So sagt auch

---

an der betreffenden körperlichen Sache das Pfändungspfandrecht erwirbt, zugleich als beauftragter Vertreter des Gläubigers:" R. G. Bd. 43, 180; „Es handelt sich . . . . um die Vornahme der Pfändung, bei der er, der Gerichtsvollzieher, zwar als Beamter handelt, aber doch auch zugleich als Vertreter des Gläubigers, für den er Besitz ergreift und der ihm sogar innerhalb der gesetzlichen Grenzen Anweisungen erteilen darf."

[1]) Gütermann S 75.

mit Recht Westerburg[1]): „Die Form, in der die Klage geltend gemacht wird, ändert an dem rechtlichen Charakter ebenso wenig wie die rechtliche Natur des etwa im Urkundenprozess erhobenen Anspruchs durch diese Prozessart.“ Aber Schrutka, Bunsen und die übrigen verstehen unter der Quelle des mit der Widerspruchsklage verfolgten Anspruchs nicht etwa den Auffindungsort, sondern sie meinen, dieser Anspruch, der vordem vom Zivilrecht noch nicht anerkannt gewesen sei, sei vom Prozessgesetz geschaffen.[2]) „Das Prozessrecht kann“, wie Frommhold[3]) sehr richtig gegen diese Ansicht ausführt, „in der verschiedensten Weise auf das materielle Recht einwirken, es kann dem zivilen Rechtsanspruch Schutz und Sicherung verschiedenster Art gewähren und dadurch zur Kräftigung desselben beitragen[4]); allein es kann nicht einen zivilen Rechtsanspruch gegen einen nach dem materiellen Recht nicht Verpflichteten von sich aus selbständig erzeugen, völlig neu aus dem Nichts schaffen. Das materielle subjektive Recht muss bereits vorhanden sein, ehe das Prozessgesetz daran gehen kann, ihm eine besondere Form der Durchführung anzuweisen. Das Privatrecht ist das primäre, das Prozessrecht das sekundäre Recht, das Prozessrecht dient dem Privatrecht.“[5])

In Uebereinstimmung damit heisst es in den Motiven: „In allen diesen Fällen ist mehr als die blosse Ausführung der

[1]) Gruchot Bd. 23 S. 870.

[2]) Frommhold S. 188.

[3]) eodem.

[4]) Der Einfluss des Prozesses zeigt sich in einer „Steigerung des klägerischen Anspruchs“; so Windscheid, Pand. Bd. 1 S. 400.

[5]) In ähnlicher Weise bekämpft Staub in der I. W. 1887 S. 408, 409 die prozessrechtliche Theorie. Vgl. auch Neumann in D. I. Z. 1901 S. 17, Pretsch in Ziv. Arch. 1906 S. 447.

Vollstreckung in Frage; es ist über materielle Rechte der Beteiligten zu entscheiden, demnach die Anwendung des ordentlichen Verfahrens geboten. Indessen ist der Zusammenhang mit der Zwangsvollstreckung derart vorwiegend, dass ohne Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen über die sachliche Zuständigkeit sich örtlich die Verweisung vor das Gericht, in dessen Bezirke die Vollstreckung erfolgt, empfiehlt."[1]) Die Motive lassen über den materiellrechtlichen Charakter der Klage aus § 771 keine Zweifel. Der § 771 handelt nur von der prozessualen Form, in welcher die Klage zu erheben ist, und von dem Gerichtsstand, bei dem sie zu erheben ist. Ueber die materiellen Voraussetzungen, unter denen dieser Widerspruch gegen die Pfändung geltend gemacht wird, spricht sich § 771 nicht aus. § 771 schafft nicht erst ein Rechtsmittel, er setzt vielmehr eine Klage voraus, welche in der Form des „Widerspruchs" erhoben werden soll[2]), wenn nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts „ein die Veräusserung hinderndes Recht" gegeben ist.[3]) Nur wegen des engen Zusammenhanges dieser Klage mit den Normen für das Verfahren ist die Verweisung in die CPO erfolgt. „Wäre der § 771 nicht gegeben, so würde damit das auf materiellen Grundsätzen beruhende Recht des Eigentümers, jeden fremden Eingriff, derselbe mag gegen eine dritte Person berechtigt oder unberechtigt sein, abzuwehren, sofern nur sein Recht verletzt wird, nicht aufgehoben sein. Man hätte dann vielleicht nur streiten können, in welcher Form in Ermangelung einer diesbezüglichen Vorschrift diese Abwehr

[1]) s. auch Francke im Z f. Z. P. Bd. 38 S. 373.

[2]) Die im § 771 vorgeschriebene prozessuale Form muss der Dritte beobachten. Insofern enthält § 771 eine zwingende öffentlich rechtliche Vorschrift. Entsch. d. R. in Recht 1908 No. 1849 S. 307.

[3]) Frantz S 22.

zu erfolgen hat, und diese Zweifel will § 771 nicht aufkommen lassen".[1]) Als ein weiteres Beweismittel für die Richtigkeit unserer Theorie kommt hier die Art des Verfahrens des Widerspruchsstreits nach heutigem Prozessrecht in Betracht. Während die Widerspruchsklage im gemeinen Prozessrecht (l. 15 § 4 D 42,1) in einem ausserordentlichen summarischen Verfahren sich erledigte (. . . sed sciendum est, summatim eos cognoscere debere . . .), in welchem das Urteil mit Vorbehalt des materiellen Rechts erging (. . . sic evenit, ut omnibus integris tantum capioni res judicata proficiat . . .), bezweckte der Gesetzgeber im § 771 von vornherein das ordentliche Verfahren zu setzen, um sofort eine der Rechtskraft fähige Entscheidung über die materiellen Rechte der Beteiligten herbeiführen zu können.[2])

Gehen wir auf die prozessrechtlichen Theorien näher ein, so sehen wir Bunsen mit sich selbst in Widerspruch. Treffend bemerkt Frantz[3]), Bunsen's Theorie sei im ganzen lediglich „Wortspielerei." „Was heisst das: das materielle Recht ist blos Voraussetzung der Klage des § 771, im übrigen sei solche ein prozessuales Institut? Welchen Inhalt, welchen Grund hat denn diese Klage? Später sagt Bunsen selbst ganz richtig, das Eigentum begründe die Widerspruchsklage. Also ist das Eigentum Klagegrund und somit allerdings die Voraussetzung, unter der die Widerspruchsklage erhoben werden kann."

Auch der Versuch von Bunsen, Voss u. a.[4]), die Richtigkeit ihrer Theorie durch den Wortlaut des Gesetzes, insbesondere

[1]) Staub in I. W. 1887 S. 468.

[2]) Z. f. Z. P. Bd 26, S. 524.

[3]) a. a. O. S. 20.

[4]) s. insbes. von den Neueren Goldmann, Gruchot Bd. 50, S. 824; Planck Bd. 2 S. 707.

die Wahl des Wortes „Widerspruch“ darzulegen, ist m. E. missglückt. Das Wort „Widerspruch“ ist, wie Frommhold[1]) richtig ausführt, nicht als terminus technicus aufzufassen. „Es bezeichnet allerdings den Protest des Dritten gegen die Vollstreckungshandlung, hat aber keine prozessuale Färbung, sondern gewinnt dieselbe erst durch die Tatsachen, gegen welche der Protest gerichtet wird“ Sind es prozessuale Vorgänge, welche ihn hervorrufen, so ist auch der Widerspruch als eine prozessuale Erklärung aufzufassen, wie z. B. im Falle des Widerspruchs gegen den Zahlungsbefehl. Richtet sich der Widerspruch gegen einen Vorgang, der dem Privatrecht entspringt, so hat er einen privatrechtlichen Inhalt[2]). An Stelle der etwas unklaren Fassung wäre vielleicht besser ein Ausdruck gewählt worden, der durch Betonung des Klagegrundes an den Vorsatz („behauptet ein Dritter“) angeknüpft hätte, etwa mit den Worten: „so hätte er dieses Recht, sofern er der Zwangsvollstreckung widersprechen will, im Wege der Klage bei dem Gericht geltend zu machen.“[3])

Dies hat der Gesetzgeber ohne Zweifel im Gegensatze zur summarischen Kognition des gemeinen Prozesses bestimmen wollen, und diese seine Absicht ist auch im Gesetze genügend zum Ausdruck gekommen.[4]) Wenn daher Voss einwendet, die Gesetzesworte sagten nicht, dass das die Veräusserung hindernde Recht geltend zu machen sei, sondern, dass der Widerspruch gegen die Zwangsvollstreckung geltend zu machen sei, so ist darauf mit Kahn[5]) zu erwidern, dass der Widerspruch gegen

---

[1]) a. a. O. S. 191.

[2]) eodem.

[3]) Z. f. Z. P. Bd. 26 S. 525.

[4]) Gruchot Bd 25. S. 395.

[5]) Ziv. Arch. Bd. 70. S. 414.

die Zwangsvollstreckung eben die Funktion ist, in welcher das Recht geltend gemacht wird.

Um das Wesen der Widerspruchsklage zu erforschen, geht Gaupp-Stein davon aus, welche Rechte als die Veräusserung hindernd in der Praxis angesehen würden. Er gelangt, wie wir oben gesehen haben, zu dem Schluss, dass auch obligatorische Rechte diese Wirkung hätten, und entnimmt hieraus, dass die Klage einen prozessualen Charakter haben müsse, da nach materiellem Rechte obligatorische Rechtsverhältnisse jene Wirkung nicht haben könnten. Es ist aber bei der Erforschung des Wesens eines Rechtsverhältnisses bezw. eines Rechtsinstituts nicht davon auszugehen, welchen Inhalt ihm die Praxis gibt, sondern das Gesetz selbst ist zu interpretieren und die Praxis hat die Folgerungen des Ergebnisses zu ziehen.[1])

Wenn Gaupp-Stein[2]) ferner zu § 771 sagt, der Wortlaut des Gesetzes sei zwiespältig, denn der erste Satz stelle die Behauptung des Rechtes, der Nachsatz den Widerspruch in den Vordergrund und das Gesetz sage nicht, welche Rechte es als die Veräusserung hindernd ansehe, so ist darauf mit Francke[3]) zu erwidern, dass „die sog. materiellen Gesetze und nicht die Prozessordnungen zu bestimmen pflegen, welches Recht des einen den andern an der Vornahme einer Handlung zu hindern geeignet ist. Wenn eine Prozessordnung über die Art und Weise verfügt, in welcher die Möglichkeit, eine von ihr geordnete Handlung zu hindern, verwirklicht werden soll und sie dabei diejenigen nicht bestimmt, welchen diese Möglichkeit zustehen soll, so hat sie für diese Bestimmung eben auf die sog. materiellen

[1]) Begemann, Z. f. Z. P. Bd. 26 S. 519 ff

[2]) a. a. O. § 771 No. II.

[3]) Z. f. Z. P. Bd. 38 S. 361.

Gesetze verwiesen. Und wenn ferner in einem Vordersatze die Rechtsbehauptung angegeben ist, welche den Widerspruch begründet, über dessen Geltendmachung im Nachsatze verfügt wird, so kann man es doch nicht als etwas[1]) rügen, dass der Vordersatz die Behauptung des Rechtes, der Nachsatz den Widerspruch in den Vordergrund stelle. Dem mag übrigens sein, wie es will. Jedenfalls bleibt unverständlich, wie aus diesen Rügen eine Zwiespältigkeit des Wortlautes zu ersehen sein soll. § 771 bestimmt nur für den Widerspruch, welcher von einem Dritten gegen die Zwangsvollstreckung erhoben wird, als Rechtsbehelf die Klage und als zuständige Gerichte diejenigen des Ortes der Zwangsvollstreckung." § 771 schweigt hinsichtlich der Tatsachen, welche die Rechtsbegründung des Widerspruchs und also der Klage enthalten können, und verweist mithin hinsichtlich dieser Tatsachen auf die Bestimmungen des materiellen Rechts.[2])

Welchen Zweck und welches Ziel hat denn nun die Widerspruchsklage aus § 771? Auch diese Frage hat sowohl zwischen den Vertretern der prozessrechtlichen und materiellrechtlichen Theorien, wie auch im eigenen Lager der letzteren einen lebhaften Streit hervorgerufen. Bevor wir zur Beantwortung dieser Frage übergehen können, haben wir zu der von Sohm zum Ausgangspunkt seines Buches „Wesen und Voraussetzungen der Widerspruchsklage" genommenen Grundfrage Stellung zu nehmen, welches Wesen dem Klagerecht überhaupt beizulegen ist. Die Auffassung Sohm's, welcher in dem Klagerecht einen publizistischen, gegen den Staat gerichteten, von dem subjektiven Privatrecht durchaus verschiedenen Anspruch erblickt, teile ich

[1]) sc. Zwiespältiges

[2]) Francke, Z. f. Z. P. Bd. 38 S. 373

nicht. Ich stehe auf dem Standpunkte der ältern Lehre: Das Klagerecht entspringt dem Privatrecht, das subjektive Recht ist das Fundament des Klagbegehrens, das Klagrecht ist der Ausfluss des subjektiven Rechts, es soll dem verletzten subjektiven Recht Geltung verschaffen, es ist deshalb nicht gegen den Staat gerichtet, sondern es wendet sich verteidigend und angreifend zugleich gegen den Verletzer des subjektiven Rechts. Der Staat gibt nur die Mittel und die Wege an die Hand, um dem verletzten Privatrecht Geltung zu verschaffen. Der Zweck der Klage aus § 771 ist zunächst ganz allgemein Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung über den mit der Widerspruchsklage erhobenen Anspruch. Der Dritte „will sein behauptetes Widerspruchsrecht auf dem Wege der Klage zur Anerkennung bringen“[1]) Aus den bisherigen Ausführungen geht hervor, dass dieser Anspruch, unmittelbar gerichtet auf Unzulässigkeitserklärung der Zwangsvollstreckung, bei der eigentümlichen Rechtsverletzung durch die Pfändung sich als ein Ausfluss, eine Funktion des subjektiven Privatrechts des Dritten darstellt. Dieses Recht ist als der eigentliche Inhalt, als das Fundament des Klagbegehrens anzusehen. Das Klagrecht des § 771 entspringt deshalb dem materiellen Recht. Es ist nicht gerichtet gegen den Staat — denn dieser kommt als Verletzer des Rechts des Dritten nicht in Betracht, wie wir oben (S. 28 ff.) nachgewiesen haben — sondern gegen den wirklichen Verletzer, den die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubiger. Die Klage des § 771 ist mithin die „gewöhnliche durch das materielle Recht an die Hand gegebene“[2]) Klage. Mein gegensätzlicher Standpunkt zu Sohm ergibt sich also aus der grund-

[1]) Born Z Bd. 43 S. 586

[2]) R G 10. März 1887 (Seuff Arch 42 No 187

sätzlichen Auffassung über das Wesen des Klagerechts. Der Eingriff in die Vermögenssphäre des Dritten verletzt dessen materielles Recht. Dieses Unrecht soll in den Formen der durch § 771 gegebenen Widerspruchsklage beseitigt werden.

Wir haben es aber nicht in der Widerspruchsklage mit einer Feststellungsklage zu tun. Eine negative Feststellungsklage liegt deshalb nicht vor, weil, wie Langheineken[1]) richtig ausführt, der Beklagte garnicht einen Vollstreckungsanspruch zu Lasten des Vermögens des Dritten, d. h. ein Recht auf Vollstreckung in dessen Vermögen prätendiert. Es handelt sich lediglich um die Frage, ob das einzelne Vermögensstück von der Zwangsvollstreckung ergriffen werden darf. Die Verneinung der Frage herbeizuführen, ist derjenige befugt, der ein die Zwangsvollstreckung hinderndes Recht besitzt.

Aber auch als positive Feststellungsklage ist die Widerspruchsklage nicht aufzufassen. Die Voraussetzungen des § 256 CPO, „Das Vorhandensein eines rechtlichen Interesses an der alsbaldigen Feststellung", erblicken die Vertreter dieser Ansicht in der drohenden Vollstreckung. Dabei übersehen sie aber, dass die Rechtsverletzung bereits vorliegt. Sie ist durch den Akt der Pfändung, welche dem Dritten die Verfügung über das Vermögensstück entzogen hat, bereits vollzogen.[2]) Uebrigens würde es dem Dritten auch nichts helfen, wenn sein Recht an dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung festgestellt würde. Denn ein Urteil, welches dieses Recht feststellt, gewährt, wie Francke[3]) richtig sagt, noch keinen Zwang aus der Pfandverstrickung.

[1]) a. a. O. S. 153.

[2]) Staub in J W. 1887 S. 409

[3]) Z. f. Z. P. Bd. 38 S. 368.

Als Fundament des Klagebegehrens ist also das Recht des Dritten anzusehen und dieses Recht kommt als Widerspruchsrecht dadurch zur Geltung, dass der Dritte, so lange die Zwangsvollstreckung noch schwebt, im Wege der Widerspruchsklage aus § 771 CPO sich gegen die Verletzung dieses Rechts, die unberechtigte Vollstreckung, wendet.[1]) Diese Beseitigung der Rechtverletzung, die Freigabe der Pfandstücke, ist also als die unmittelbare Folge der Anerkennung des Rechts des Dritten aufzufassen, ebenso wie die Herausgabe einer Sache die unmittelbare Folge des Exekutionsanspruchs ist. Der Dritte begehrt demnach, wie Frommhold[2]) richtig sagt, die Anerkennung seines Rechts nicht um ihrer selbst willen, sondern wegen ihres Erfolges. Dieser Erfolg besteht darin, dass die gepfändeten Gegenstände aus der Pfandhaft entlassen werden. Als positive Wirkung der Klage verlangt demnach der Dritte die Aufhebung der Zwangsvollstreckung und Freigabe der Pfandstücke unter Herstellung des früheren Zustandes. Die Klage aus § 771 stellt sich daher als eine Leistungsklage dar,[3]) mag nun die

[1]) aber auch nur in der prozessualen Form dieser Klage, also auch unter Wahrung der dort für die Zuständigkeit des Gerichts u. s. w. gegebenen Vorschriften geltend machen darf; s. S. 45 Anm. 1.

[2]) a. a. O. S. 240.

[3]) a. A. R. G. 21 September 1905 in J. W. 1905 S. 730 „Das Wesen und Ziel der durch § 771 CPO geregelten Widerspruchsklage geht dahin, dass auf dem im Wege der Klage zur Geltung zu bringenden Widerspruch eines Dritten die in Betracht kommende Zwangsvollstreckung durch Urteil für unzulässig erklärt wird. Dagegen gewährt ein solches Urteil dem obsiegenden Widerspruchskläger nicht das Recht auf eine von dem beklagten Gläubiger zu bewirkende Leistung, mag auch das Urteil nicht in zutreffender Weise dahin gefasst sein, der Beklagte werde zur Freigabe verurteilt; ferner Dresden vom 5. Juli 1901 in Recht 1901 S. 521. „Die Klage nach § 771 CPO ist lediglich auf die Unzulässigkeitserklärung der Zwangsvoll-

Leistung in einem positiven Tun oder einem Unterlassen, Dulden bestehen, d. h. mag der Gläubiger nun dafür sorgen, dass der Gerichtsvollzieher mit der zu Unrecht erfolgten Zwangsvollstreckung einhält oder mag er in der Ausübung der Vollstreckung gehindert werden, indem er seine Befriedigung gegen den Schuldner aus diesem Vermögensstück nicht mehr zu suchen fähig ist.

Ein positives Tun wird von dem Gläubiger verlangt, wenn Klageantrag bezw. Urteilstenor die Verurteilung des Beklagten zur Freigabe bezw. zur Einwilligung in die Freigabe begehrt bezw. ausspricht. Die Verurteilung besteht alsdann in der Abgabe einer Willenserklärung gegenüber den Vollstreckungsorganen. Die Vollstreckung eines solchen Urteils erfolgt nach § 894 CPO:

> „Ist der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt, so gilt die Erklärung als abgegeben, sobald das Urteil die Rechtskraft erlangt hat.“[1])

Ein Dulden wird vom Beklagten verlangt, wenn die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung ausgesprochen wird. Der

---

streckung gerichtet. Das Urteil enthält sonach keine Verurteilung des Beklagten, sondern lediglich eine Anweisung an die staatlichen Vollstreckungsorgane, die auf die blosse Vorlegung des Urteils, ohne dass es einer vorherigen Zustellung desselben bedarf, die getroffenen Vollstreckungsmassregeln aufzuheben haben.“

[1]) Dieses Urteil kann allerdings nicht für vorläufig vollstreckbar erklärt werden (worauf Sohm. a. a. O S. 43 Anm. 3 und das O. L. G. Hamburg in Seuff. Arch. 54, No. 198 hinweist), dem Bedürfnis einer Sicherung des Gläubigers kann jedoch gerade hier durch einstweilige Verfügungen im weitesten Umfange genügt werden (s. Gaupp-Stein Bd. 2 Anm. I 3 zu § 894 S. 750).

Kläger hat alsdann die Möglichkeit, nach § 775 Abs. 1 CPO zu verfahren:

> „Die Zwangsvollstreckung ist einzustellen oder zu beschränken: wenn die Ausfertigung einer vollstreckbaren Entscheidung vorgelegt wird, aus welcher sich ergibt, dass . . . . die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt ist.“[1])

Mit Rücksicht darauf, dass der Beklagte die Ursache der Zwangsvollstreckung und daher zur Beseitigung der Vollstreckungsmassregeln verpflichtet ist, und weil durch das Urteil diese Verpflichtung des Beklagten, die dieser freiwillig nicht vornehmen will, zum Ausdruck gebracht werden soll, entspricht theoretisch am besten die Fassung des Klageantrags und Urteilstenors, welcher die Verurteilung zur Freigabe ausspricht. Da die Anerkennung des Rechts des Dritten nur dann in Rechtskraft übergehen kann, wenn sie im Urteilstenor ausgesprochen ist.

> § 322 CPO: „Urteile sind der Rechtskraft nur insoweit fähig, als über den durch die Klage oder Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist . . . “

so erscheint es geboten, die Feststellung des Rechts in den Tenor aufzunehmen. Dies ist für die Praxis von grosser Wichtigkeit und hier macht sich in der Praxis der Unterschied zwischen den beiden Theorien weitgehend bemerkbar. Ist die Widerspruchsklage lediglich eine prozessuale Klage, gerichtet auf Beseitigung der Pfändungsmassregeln, das Widerspruchsrecht der rein prozessuale Anspruch auf Feststellung der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Pfändung, dann müsste den Gegenstand der Klage auch nur die Beseitigung der Vollstreckungsmass-

[1]) Gütermann S. 90.

regeln bilden, die Entscheidung nur über das prozessuale Widerspruchsrecht ergehen. Der Widerspruchskläger könnte daher seine Behauptungen in Bezug auf das die Veräusserung hindernde Recht beliebig ändern, ohne dass darin eine unzulässige Klageänderung zu finden wäre. Demnach könnte er z. B. seine Klage zunächst auf den Hinterlegungsvertrag, dann auf sein Eigentum gründen. Es würde nur immer derselbe Anspruch vorliegen: Beseitigung der Vollstreckungsmassregeln, „zu dessen Individualisierung . . . der Entstehungsgrund genügt. Als Entstehungsgrund des Interventionsanspruchs müsste hier die Tatsache, dass die Beschlagnahme eine dem Schuldner nicht gehörige Sache ergriffen hat, gelten",[1]) gleichgültig, ob ein Eigentumsverhältnis oder ein Depositum dieser Tatsache zu Grunde liegt.

Eine ganz andere Wirkung der Widerspruchsklage tritt hervor, wenn dieselbe nichts weiter ist als die Form, in welcher sich das subjektive Recht geltend macht. Hier ist der Anspruch des Dritten gerichtet auf Feststellung des von ihm behaupteten materiellen Rechts [2]) Das Widerspruchsrecht stellt sich dar nicht als der rein prozessuale Anspruch auf Feststellung der Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung, sondern als die Funktion des behaupteten subjektiven Rechts, dessen Feststellung vom Dritten beantragt wird. Daraus folgt, dass es nach dieser Auffassung als unzulässige Klageänderung angesehen werden muss, wenn der Dritte die Widerspruchsklage erst aus dem Depositum und dann aus dem Eigentum zu begründen sucht. Daraus folgt ferner, dass das Urteil über das subjektive Recht des Dritten erkennen muss, mithin die Feststellung des materiellen Rechts in Rechtskraft übergeht, was von grosser Wichtigkeit für einen

[1]) Frommhold S. 234.

[2]) eodem S. 235.

spätern Interventionsprozess ist, der denselben gepfändeten Gegenstand betrifft.

Aus diesen Gründen dürfte es sich empfehlen, den Urteilstenor etwa so zu formulieren:

> „Unter Anerkennung des klägerischen Rechts (Eigentums oder eines andern die Veräusserung hindernden Rechts im Sinne des § 771 CPO) wird Beklagter verurteilt, in die Freigabe der gepfändeten Sachen (bzw. Forderungen oder anderer Rechte) zu willigen."

Zum Schluss dieses Abschnittes möge noch die Frage einer besondern Erörterung unterzogen werden, welcher Charakter der auf das Eigentum, als das wichtigste die Veräusserung hindernde Recht im Sinne des § 771 CPO, gestützten Klage beizulegen ist. Aus den bisherigen Ausführungen geht hervor, dass das Eigentum als das subjektive Privatrecht des Dritten der eigentliche Inhalt, das Fundament des Klagebegehrens, die auf das Eigentum gestützte Klage demnach nicht eine aktio sui generis[1]) sondern die normale Eigentumsklage ist. Streit herrscht nun wieder darüber, ob sie als rei vindicatio oder als actio negatoria bezeichnet werden muss. Die vindicatio des BGB geht, wie Goldmann[2]) richtig ausführt, auf Herausgabe der Sache, die auf das Eigentum gestützte Interventionsklage hat dagegen einen ganz andern Anspruch zum Gegenstand. Ob der Kläger die Herausgabe der gepfändeten Sache zu fordern berechtigt ist, ist eine Frage, deren Erörterung ausserhalb des Bereichs des Interventionsprozesses liegt. Der Kläger kann sehr wohl Eigentümer der Sache und dennoch deren Herausgabe nicht

[1]) so Goldmann, Gruchot Bd. 50 S. 824.

[2]) eodem.

zu fordern berechtigt sein. Man denke nur an den Fall, dass er die Sache, hinsichtlich deren er interveniert, dem Schuldner auf Abzahlung verkauft oder auf längere Zeit vermietet hat. Stellt der Eigentümer die Vindikation an, so führt das Bestehen eines solchen Rechtsverhältnisses nach § 986 BGB zur Abweisung der Klage. Das ist indessen bei der Interventionsklage aus § 771 CPO nicht der Fall; mit dieser dringt er durch, gleichgültig, ob er dem Schuldner gegenüber berechtigt wäre, die Herausgabe der Sache zu verlangen oder nicht."[1]) Der Gesetzgeber bezweckte nur mit dem § 771 die durch den Pfändungsakt eingetretene Rechtsverletzung wieder zu beseitigen und den Dritten wieder in die Lage zu versetzen, in der er sich vor dem Pfändungsakt befand. Hat der Dritte die Fortsetzung der Vollstreckung gehindert bezw. deren Aufhebung herbeigeführt, so hat er alles, was er in diesem durch den § 771 CPO gegebenen Gerichtstand fordern kann, erreicht. Ob dem Kläger noch andere Rechte zustehen, ist in diesem Prozesse nicht zu erörtern. Eine Entscheidung, die die Herausgabe der Sache an den Dritten ausspräche, würde in das Recht des Vollstreckungsschuldners eingreifen.[2]) So sagt auch das Reichsgericht[3]): „Bei der sogenannten Exekutions-Interventionsklage handelt es sich um die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung. Ihr Gegendstand ist die Beseitigung der Pfändung: Der Gläubiger soll nicht sowohl die Sache als Besitzer dem Eigentümer zurückgeben. wie sein äusserlich bestehendes Pfandrecht, das nach der Darstellung des Klägers mit dem Eigentum als ein die Veräusserung hinderndes Recht in Widerspruch steht

[1]) Goldmann, Gruchot Bd. 50 S. 825

[2]) Gütermann S. 99.

[3]) R. G. 7. November 1905 s. in Gruchot Bd. 50 S 825.

und den unrechtmässigen Eingriff in seine Rechte enthält, aufgeben. Er soll die Sache freigeben und damit die Unwirksamkeit der Pfändung anerkennen.“ Als rei vindicatio ist demnach die auf das Eigentum gestützte Widerspruchsklage nicht aufzufassen, wohl aber als actio negatoria. Die actio negatoria des heutigen Rechts ist gegen jede Art von Störungen und Verletzungen des Eigentums gegeben. Zweifellos liegt, wie wir oben ausgeführt haben, in der über das Vermögen des Schuldners in dasjenige des Dritten greifenden Zwangsvollstreckung eine in den verschiedensten Richtungen sich bemerkbar machende Störung des Eigentums des Dritten. Die auf das Eigentum gestützte Widerspruchsklage ist deshalb als actio negatoria aufzufassen.

Nachdem wir bezüglich des Wesens und der Rechtsnatur der Klage aus § 771 zu einer klaren Auffassung gelangt sind, wollen wir in Kürze Stellung nehmen zu der von Müller in seiner Abhandlung „Die Wirksamkeit des Pfändungspfandrechts“ erörterten Frage, ob die Pfändung, welche in das Recht des Dritten eingreift, ipso jure wirksam und nur anfechtbar, die Exekutionsinterventionsklage deshalb konstitutiver Natur ist.

Bevor wir in die Erörterung dieser Frage selbst eintreten, wollen wir untersuchen, welchen Einfluss diese Frage auf das Ergebnis unserer Untersuchungen über die Rechtsnatur der Klage aus § 771 hat. In unsern bisherigen Untersuchungen haben wir gesehen, dass allein der pfändende Gläubiger als der Verletzer des subjektiven Rechts des Dritten in Betracht kommt. Nun macht es hieran keinen Unterschied, ob das Pfandrecht, welches der pfändende Gläubiger erwirbt, ein wirksames oder ein unwirksames ist. Denn immer stellt sich die Pfändung als eine von dem Gläubiger gegen den Dritten gerichtete Verletzung

des subjektiven Rechts des Dritten dar. Dem kann nicht entgegen gehalten werden, dass Wirksamkeit des Pfandrechts und Verletzung des subjektiven Rechts des Dritten sich deshalb notwendigerweise ausschlössen, weil das mit Mitteln und unter dem Schutze des Staates erworbene Pfandrecht unmöglich eine Verletzung des Rechts des Dritten zur Folge haben könnte. Denn die Entstehung eines wirksamen Pfandrechts würde nur auf rein äusserlichen Gründen beruhen: Der von der Staatsgewalt vorgenommene Pfändungsakt soll geschützt werden, weil vorläufig angenommen werden muss, dass die im Gewahrsam des Schuldners vorgefundenen Sachen diesem auch gehören. Trifft jedoch diese Annahme nicht zu, so mag der Gläubiger ein wirksames Pfandrecht erworben haben und behalten, eine Verletzung des Rechts des Dritten durch den Gläubiger ist durch die auf sein Betreiben vorgenommene Pfändung von vornherein erfolgt. Auf Beseitigung dieser Verletzung ist die Klage aus § 771 gerichtet, sie ist die gewöhnliche Eigentums- usw. Klage. Dass durch das Urteil die wirksame Pfändung beseitigt werden würde, würde an der Natur der Klage nichts ändern.

Ist denn aber die in das Recht des Dritten eingreifende Pfändung eine an sich wirksame und nur anfechtbare, oder ist sie eine unwirksame und ist ihr aus äussern Gründen nur eine formelle Wirksamkeit verliehen? M. E. ist die Pfändung von vornherein materiell unwirksam. Als Grund ist zunächst anzuführen — worauf auch Müller (S. 93) eingegangen ist — dass sich der Pfändungspfandgläubiger für den Erwerb eines Pfandrechts nicht auf die Vorschriften des bürgerlichen Rechts zu Gunsten desjenigen berufen kann, welcher Rechte von einem Nichtberechtigten herleitet, also bei der Pfändung

beweglicher Sachen insbesondere nicht auf den § 1207 BGB. Zweifellos bezieht sich § 1207 BGB nur auf ein durch Rechtsgeschäft erworbenes Pfandrecht.[1]) Aber Müller hält dies für unerheblich, er geht davon aus,[2]) „dass das Prozessrecht durchaus die Macht hat, die Voraussetzungen für das Entstehen des Pfändungspfandrechts, völlig unabhängig vom materiellen Rechte, ja selbst im Widerspruch zu dessen obersten Grundsätzen und lediglich mit Rücksichten auf den Vollstreckungszweck frei zu bestimmen." Stimmt man dieser Ansicht Müller's, die nicht unbedenklich ist.[3]) zu, lässt man den Standpunkt, dass die CPO ein besonderes Vollstreckungspfandrecht im § 771 aufstellen konnte, gelten, so ist eben einzuwenden, dass sie es nicht getan hat. Man vergleiche doch damit den § 810, den Müller zu seiner Unterstützung heranzieht. Hier wird ausdrücklich ausgesprochen: Die Früchte können gepfändet werden. Oder man vergegenwärtige sich den Wortlaut des § 804, hier heisst es: Durch die Pfändung erwirbt der Gläubiger ein Pfandrecht. Hier werden also ausdrücklich materielle Rechtssätze ausgesprochen. Ganz anders im § 771. Es kann garnicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein, durch § 771 ein neues, besonders geartetes Vollstreckungspfandrecht aufzustellen. Nur eine zulässige Pfändung soll ein Vollstreckungspfandrecht gewähren. Das ist die Absicht des Gesetzgebers. Ist nun die Pfändung als solche, welche in das Recht des Dritten eingreift, zulässig? M. E. muss die Frage verneint werden. In eingehender Weise hat Sohm[4]) zu dieser

[1]) cfr. die Kommentare und Lehrbücher zum BGB.

[2]) Müller a. a. O. S. 94.

[3]) s. meine Ausführungen S. 31 ff.

[4]) a. a. O. S. 37—39.

Frage Stellung genommen. Er sagt, es fehle allerdings an einem Rechtssatze, der ausdrücklich bestimme, dass die Zwangsvollstreckung in denjenigen Fällen, in denen die Widerspruchsklage eingreife, unzulässig sei, man könne sich im Gegenteil auf die §§ 808, 809 berufen und daraus den Satz ableiten, dass jede Zwangsvollstreckung zulässig sei, die an Sachen im Gewahrsam des Schuldners, des Gläubigers oder eines zur Herausgabe bereiten Dritten vorgenommen werde, dass also eine der Widerspruchsklage unterliegende und doch zulässige Pfändung stattfinden könne. Dass diese Schlussfolgerung falsch ist, ergibt sich, wie Sohm richtig ausführt, aus den §§ 737, 739, 743, 748[2] CPO. Danach ist die Vollstreckung in bestimmte Vermögensmassen „zulässig", wenn der in den Paragraphen näher bezeichnete Doppeltitel — Leistung und Duldung — vorliegt. Daraus folgt, dass, wenn die Zwangsvollstreckung ohne den Duldungstitel (bezw. einen zweiten Leistungstitel § 743) erfolgt, sie von vornherein unzulässig ist. Nach herrschender Meinung ist aber in solchen Fällen die Widerspruchsklage gegeben. Gleichwohl solche Pfändungen unzulässig sind, können sie trotzdem nach den Vorschriften der §§ 808, 809 ordnungsmässig vorgenommen sein. Man kann deshalb aus § 808 nicht folgern, dass die in Rechte Dritter eingreifende Pfändung „zulässig" ist.

Die Tatsachen, die Müller (a. a. O. S. 92) zur Begründung der von ihm vertretenen Ansicht anführt, halte ich nicht für beweiskräftig. Müller folgert falsch, wenn er sagt: Weil § 771 vorschreibt, dass der Dritte sein Recht im Wege der Widerspruchsklage zu verfolgen hat, ist damit zum Ausdruck gebracht, dass es einer Anfechtung aus § 771 bedarf, um die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung aussprechen zu lassen, deshalb hat ohne Anfechtung die Pfändung als wirk-

sam zu gelten. Nein, aus der Existenz des § 771 lässt sich diese Schlussfolgerung unmöglich ziehen. Selbstverständlich muss auf irgend eine Weise der unberechtigte Eingriff des Gläubigers in die Rechte des Dritten beseitigt werden. Dies konnte, wie wir oben ausgeführt haben, auch ohne Vorhandensein des § 771 im Wege der gewöhnlichen, durch das materielle Recht gegebenen Klage geschehen. Aus Gründen der Zweckmässigkeit ist die Klage aus § 771 gegeben. Aus dem Dasein dieser Klage kann aber doch nicht gefolgert werden, dass die Pfändung die Verletzung des Rechts des Dritten dergestallt sanktioniert, dass ihr rechtliche Wirksamkeit beigelegt wird. Ebenso wenig stichhaltig sind die weitern von Müller vorgebrachten Gründe. Dass bis zur Rechtskraft des Urteils, welches die Unzulässigkeit der Pfändung ausspricht, die Pfändung gesetzlichen Schutz geniesst, insbesondere in strafrechtlicher Beziehung, geschieht nicht deshalb, weil die Pfändung wirksam ist, sondern weil jede ordnungsmässig vorgenommene Pfändung in Rücksicht darauf, dass es noch ungewiss ist, ob sie sich in den ihr vom Gesetz gezogenen Bahnen gehalten hat, bis zur Beseitigung dieser Ungewissheit gesetzlichen Schutz geniessen muss.

Wir kommen deshalb zu dem Ergebnis, dass die Pfändung, welche in Rechte Dritter eingreift, nicht erst durch das auf die Klage aus § 771 ergehende Urteil unwirksam wird, sondern dass sie von vornherein unwirksam ist. Wir müssen deshalb den Versuch Müller's u. a., die konstitutive Natur des ergehenden Urteils zu beweisen und die Widerspruchsklage als selbständige prozessrechtliche Klage zu charakterisieren, ablehnen.[1])[2])

[1]) Auch die herrschende Meinung nimmt eine von vornherein materiell unwirksame Pfändung an, so: alle Kommentare; Stübel in D. J. Z. 9,684;

§ 5.

Bevor ich an die Erörterung der Frage herantrete, welche Rechte zur Begründung der Widerspruchsklage aus § 771 CPO geeignet sind, muss ich auf eine Undeutlichkeit der Gesetzesworte näher eingehen. Der § 771 sagt:

> „Behauptet ein Dritter, dass ihm an dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung ein die Veräusserung hinderndes Recht zustehe, . . .“

Die Wortfassung des Paragraphen ist eine sehr enge und unklare. Die Wendung „ein die Veräusserung hinderndes Recht“ kann leicht so aufgefasst werden, dass der Gesetzgeber nur den Fall der auf Veräusserung abzielenden Zwangsvoll-

---

R. G. 22 S. 270, 26 S. 104, 40 S. 290; Seuff. Arch. 46 No. 36, 56 No. 198; Wolff: Die Zwangsvollstreckung in eine dem Schuldner nicht gehörige Sache, S. 4; s. auch die Lit. oben S. 2, Anm. 2.

[2]) Die Streitfrage ist übrigens praktisch von grosser Bedeutung. Ist die das Recht des Dritten verletzende Pfändung nur anfechtbar, so verschafft sie dem Gläubiger ein unanfechtbares und vollwirksames Pfandrecht, wenn die Pfändung einem Widerspruch aus § 771 nicht mehr unterliegt, d. h. wenn der Widerspruch nicht spätestens bis zur Beendigung der Vollstreckung erfolgt ist. Dementsprechend ist folgerichtig die Frage, ob dem Eigentümer gegen den Vollstreckungsgläubiger nachträglich ein Bereicherungsanspruch gegeben ist, zu verneinen, da die wichtigste Voraussetzung der Bereicherungsklage, der Mangel des rechtlichen Grundes, entfallen ist; so Müller a. a. O. S. 102; cfr. Oertmann, Civ. Arch. Bd. 96 S. 1; Freund, (Der Eingriff in fremde Rechte, 1902). Nach der entgegengesetzten herrschenden Ansicht, welche die Pfändung als materiell unwirksam ansieht, würde der Dritte einen Anspruch aus der ungerechtfertigten Bereicherung haben, so Crome II § 321 Anm. 7; Endemann I § 198 Anm. 41; Fischer-Henle zu § 816 BGB. No. 3; Kuhlenbeck (2) das. No. 4; Gaupp-Stein zu § 771 No. VII 4; v. Mayr Bereicherungsanspruch 286 ff., 436; Neumann II 1a und IV zu § 816; Petersen zu § 771 No. 7; Struckmann-Koch das. No. 3 Abs. 4; u. a. R. G. in J. W. 06, 15.

streckung wegen Geldforderungen als die Zwangsvollstreckung in körperliche Sachen (§§ 808—827 CPO) und in das unbewegliche Vermögen (§§ 864—871 CPO) im Auge gehabt hätte. Allein, einerseits würde die Vorschrift alsdann nicht unter den für alle Zwangsvollstreckungsarten geltenden allgemeinen Vorschriften des ersten Abschnitts seine Stellung gefunden haben, andererseits würde eine Beschränkung in dem obigen Sinne dem praktischen Bedürfnis wenig entsprochen haben. „Es ist vielmehr auch der Fall unter die Bestimmung einzubegreifen, dass bei der Zwangsvollstreckung in Rechte der Dritte seinerseits Träger der Rechte zu sein behauptet.“ [1]) So ist denn auch für den Fall, dass es sich um eine Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe von Sachen handelt (§§ 883 ff. CPO), die Zulässigkeit der Klage von der gesamten Literatur und Rechtssprechung ausdrücklich anerkannt und durch die Motive ausdrücklich bestätigt:

> „Der Widerspruch eines Dritten gegen die Zwangsvollstreckung kann sich gegen die Veräusserung eines beim Schuldner gepfändeten oder zu versteigernden Gegenstandes richten. Daneben steht der Fall, dass der Dritte dem Vollzug des erstrittenen Urteils selbst widerspricht, indem er die Sache (species) für sich in Anspruch nimmt, deren Herausgabe Gegenstand des Hauptprozesses gewesen und nunmehr Objekt der beginnenden Zwangsvollstreckung ist. § 769 ff. (d. h. a. F., § 883 ff. n. F. CPO). Die Hauptintervention aus § 61 (d. h. a. F., § 64 n. F.) ist ausgeschlossen, sobald das Urteil des Hauptprozesses die Rechtskraft beschritten hat.“

[1]) R. G. Bd. 49 S. 348; vergl. auch Seuffert Anm. 2 zu § 771, S. 415, Förster Anm. 4 zu § 771, Falkmann a. a. O. § 17 S. 120/21, No. 3. Frommhold S. 246.

Was für die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe von Sachen gilt, gilt auch für die Zwangsvollstreckung in Forderungen[1]), sowie in andere Vermögensrechte. Trotzdem diese Arten von Zwangsvollstreckungen eine förmliche Veräusserung des Gegenstandes nicht zur Folge haben, ist die Klage aus § 771 gleichwohl gegeben. Es ist deshalb unter einem „die Veräusserung hindernden Recht" jedes aus dem materiellen Recht zu entnehmende Recht zu verstehen, welches der Durchführung der von dem Gläubiger betriebenen Zwangsvollstrekung entgegensteht.[2])

Aus den oben angestellten Untersuchungen hat sich ergeben, dass das die Zwangsvollstreckung hindernde Recht an sich wie jedes andere Recht zur Geltung kommt und dass mithin

[1]) So ständig das R. G., vgl Bd. 4 S. 111 ff bes. S. 113, 114; Bd. 12 S. 379; Bd 31 S. 382; Bd 43 S. 403; ferner E vom 10 März 1887 in J. W. 1887, S 113; vom 30. Juni 1892 in Gruchot Bd. 37, S. 119 f.; vom 1 April 1895 in S. A. 51 No. 78 S 113; vom 8. Juli 1898 in J. W. 1898 S. 507 f; vom 24 April 1901 in J. W. 1901 S. 403; vom 16. Januar 1900 in R. G. Bd. 46 S. 403; ferner O. L. G. Dresden 17. Januar 1902 in Recht Bd. 6 S. 154; O. L G. Hamburg 7. März 1903 Recht Bd. 7 S 185; K. G 12 Oktober 1905 in R. O. L. G. 12, 69; Colmar, E d. O L. G. vom 18. Dezember 1905 in Recht Bd. 10 S. 123 und vom 22. Dezember 1905 in Z. f. Elsass-Lothr 31, 496, D J. Z. 1906 S. 828; Karlsruhe 15. Juni 1907 in Bad Rpr 1907 S 210; Bayer Ob. L. G Bl. f. R A 52 S. 95, 62, S 302, 303; Karlsruhe in Bad. Ann. 50 S. 322; Köln in Puchelts Z 28 S 264; Frankfurt in Rundschau 1886 S. 65 und 139; Stuttgart in Württ Jahrb. 10 S 86; Hamburg in Z f. Z. P. 27 S. 810; Falkmann S. 121 No. 3; Petersen Anm. II 5 zu § 771; Gaupp-Stein ebenda Anm. II 1a; Seuffert ebenda Anm. 2; Struckmam-Koch ebenda Anm. 9, a A. Vierhaus in Z. f Z. P 5 S 119; Voss in Civ. Arch. 83 S. 369; Halle in Naumb. Ztg 98 S. 22.

[2]) Petersen Anm. II 5 zu § 771; Struckmann-Koch ebenda Anm. 1; Seuffort ebenda Anm. 2 S. 415

die Frage, welche Rechte einen Anspruch auf die Widerspruchsklage gewähren, aus dem materiellen Recht zu beantworten ist. Es erscheint deshalb überflüssig, alle diejenigen Rechte aufzuzählen, welche zur Begründung der Klage geeignet sind. Und doch ist diese Frage, wenigstens bezüglich einiger Rechte ebenso streitig wie die Frage über die rechtliche Natur der Klage selbst.

Es würde zu weit führen, wollte ich alle einzelnen Rechte, welche der Begründung der Klage aus § 771 CPO fähig sind, einer eingehenden Erörterung unterziehen; ich müsste sonst zu weit in das materielle Recht eindringen. Ich werde mich darauf beschränken, nur die allgemeinen Grundsätze über die die Klage begründenden Rechte aufzustellen und aus diesen heraus die einzelnen Rechte herzuleiten. Von letztern sollen diejenigen besonders erörtert werden und zwar unter Anlehnung an die neuere Rechtssprechung, welche bezüglich ihrer Fähigkeit zur Begründung der Widerspruchsklage unter der Herrschaft des alten wie des neuen Rechts in Theorie und Praxis lebhaften Streit hervorgerufen haben.

Bei der Untersuchung der Frage, welche Art von Rechten zur Widerspruchsklage aus § 771 geeignet sind, kommt uns der Wortlaut dieses Paragraphen selbst zu Hülfe. Das Gesetz setzt nämlich in der Person des Klägers ein die Veräusserung hinderndes Recht an dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung voraus. Mit diesen Worten hat das Prozessrecht selbst einen Hinweis auf die Art der Begründung der Klage geben wollen. Als allgemeinen Grundsatz müssen wir feststellen, dass nur die sogenannten absoluten Rechte, die Rechte an einem Objekt mit ausschliessender Wirksamkeit gegen jeden Dritten, die Widerspruchsklage aus § 771 be-

gründen,[1]) jedoch auch sie nur so weit, als sie durch die Pfändung betroffen werden.

Hierher gehören in erster Linie die dinglichen Rechte. Sie gewähren eine unmittelbare Beherrschung der Sache, sei es in jeder Beziehung wie das Eigentum, sei es in bestimmten Richtungen wie die jura in re aliena. Dieses sein dingliches Recht muss der klagende Dritte behaupten und im Bestreitungsfalle beweisen. Denn das Gesetz geht, wie schon früher hervorgehoben, von der Vermutung aus, dass die im Besitze des Schuldners befindlichen Sachen auch sein Eigentum sind. Es genügt zur Begründung der Klage aus § 771 nicht die einfache Angabe des Rechts, welches dem Kläger an dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung zusteht, also z. B. des Eigentums, vielmehr müssen nach der herrschenden sogenannten Substantiierungstheorie gemäss § 253 Nr. 2 CPO diejenigen Tatsachen in der Klage angegeben werden, welche nach Massgabe des bürgerlichen Rechts an sich geeignet sind, den erhobenen Anspruch als in der Person des Klägers entstanden und zugleich als durch den Beklagten verletzt erscheinen zu lassen, bei dinglichen Klagen also den Erwerbsgrund.[2])[3])

In erster Linie kann die Widerspruchsklage also auf das Eigentum gestützt werden als auf das „Recht genereller Herrschaft über die körperliche Sache".[4])[5]) Dies gilt insbesondere

[1]) so auch Frommhold S. 247.

[2]) Hamburg, E vom 5. Juli 1907, Recht 11 No. 2619 S 1078.

[3]) Aber auch nur den Erwerb, nicht auch die Fortdauer des Eigentums hat der Interventionskläger zu beweisen, Dresden E. vom 28. Dezember 1903. R. d. O. L. G. Bd. 9 S. 119.

[4]) Dernburg, Pand. I. S 443.

[5]) Hier dürfte auch das Fideikommisseigentum seine Stelle finden. Bei einer Zwangsvollstreckung in das Fideikommissgut ist der Fideikommiss-

für die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen. Bei der Immobiliarzwangsvollstreckung gewährt dagegen das Grundbuch über die Rechtslage des Grundstücks in der Regel völlige Klarheit. Es kann deshalb hier das Eigentum (und dies gilt auch für die weiter unten behandelten dinglichen Rechte an einer fremden Sache) in der Regel die Widerspruchsklage aus § 771 nicht begründen, das Verfahren ist nach §§ 28, 161 Abs. 4 Z. V. G. schon von Amtswegen aufzuheben oder einzustellen. Ausnahmsweise ist das Eigentum hierzu jedoch dann fähig, wenn das Grundbuch über dasselbe keinen Aufschluss gewährt. Nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts kann jemand als Eigentümer im Grundbuche eingetragen sein, ohne dass er tatsächlich Eigentümer ist. (vgl. z. B. § 900 BGB). Nun erlangt der Ersteher durch den Zuschlag das Eigentum (§ 90 ZVG), ohne Rücksicht darauf, ob ihm die Unrichtigkeit der Eintragung bekannt war. Dadurch ist das Recht des wahren Eigentümers auf das äusserste bedroht, er kann deshalb die Widerspruchsklage aus § 771 erheben.[1])

Die auf das Eigentum gestützte Widerspruchsklage wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass die Geltendmachung des Eigentums durch den Grundsatz „Hand muss Hand wahren" (BGB § 932, HGB § 366) beschränkt ist.[2]) Denn nur im Verhältnis zu andern Gläubigern „steht das Pfändungspfandrecht einem vertragsmässig bestellten Faustpfandrecht, also einem

inhaber Dritter im Sinne des § 771. Das „die Veräusserung hindernde Recht" ist das Obereigentum der Familie, welche durch den Fideikommissinhaber vertreten wird, s. R. G. 28. Juni 1907, Recht 11 No 2618, J. W. 1907 S. 522.

[1]) Kunze S 45

[2]) Petersen Komm. Anm 5 zu § 771 S 390.

Pfandrecht im Sinne der §§ 1204 ff BGB gleich. Daher finden im Verhältnis zum Dritteigentümer die Vorschriften der §§ 1207 932, 934, 935 BGB (Erwerb eines Pfandrechts an Sachen eines Dritten bei Vorhandensein guten Glaubens) mangels einer bezüglichen Bestimmung in der CPO und dem BGB (§ 1257 BGB bezieht sich nur auf gesetzliche Pfandrechte, für die übrigens § 1207 BGB auch nicht gilt) keine Anwendung, ebensowenig die Vorschrift des § 366 HGB (Verpfändung fremder Sachen seitens eines Kaufmanns im Betrieb seines Handelsgewerbes). R. G. 26,103."[1])

Aber nicht immer vermag das Eigentum die Widerspruchsklage aus § 771 CPO zu begründen. Als allgemeinen Grundsatz wird man in dieser Hinsicht festzuhalten haben, dass das Eigentum diese Eigenschaft verliert, sobald der Eigentümer sich der Verfügung über den Gegenstand einem andern gegenüber in einer Weise begibt, dass dieser andere wieder selbst gewisse — eigentumsartige — Rechte an dem Gegenstande erwirbt und dies nach aussen hin in Erscheinung tritt. So hat z. B. der Eigentümer und Verpächter eines Grundstücks, der gemäss §§ 94, 93 BCB noch Eigentümer der ungetrennten Früchte ist, gegenüber einer gegen den Pächter, der noch nicht Eigentümer der Früchte ist (§ 956 Abs. 1 BGB), erfolgten Pfändung kein Widerspruchsrecht (§ 810 CPO).[2])[3])

[1]) Sydow-Busch Komm. Anm. 2 zu § 804 S. 783.

[2]) Str.-Koch No 6, Gaupp-Stein II, Petersen 2, Seuffert 3 zu § 810 CPO S. 496, Fuchs in Z f Z P. Bd. 24 S. 188, Kunze S 18, R. G. Bd. 18 S. 368, R. G. Bd 37 S 212; s. auch v. Lewetzow S 15. „Das Fruchtbezugsrecht des Pächters ist als quasi dingliches Recht aus dem obligatorischen Pachtvertrage zusammen mit seinem Besitz gegenüber dem Eigentum des Verpächters in Bezug auf die Gläubiger des Pächters als das stärkere anzusehen."

[3]) Vgl. ähnliche Fälle, in welchen das Eigentum einem andern quasi

Wie das Alleineigentum ist auch das Miteigentum zur Begründung der Klage aus § 771 geeignet, „sofern die Zwangsvollstreckung durch Pfändung beweglicher körperlicher oder durch Beschlagnahme und Verkauf der unbeweglichen Gegenstände selbst erfolgen soll. Denn durch die Pfändung bezw. den Verkauf der ganzen Sache wird das Miteigentumsrecht des Dritten verletzt."[1]) Folgende Fälle sind, wie Kunze[2]) richtig ausführt, systematisch zu scheiden.

1. „Wird eine Sache wegen fremder Schulden gepfändet, an der ein Miteigentum zu Bruchteilen besteht, so wird auf die Widerspruchsklage § 1011 BGB entsprechende Anwendung finden müssen. Zwar ist diese Klage nicht identisch mit dem Anspruch auf Unterlassung des § 1004 BGB., aber das schliesst nicht aus, dass sie mit diesem Anspruche in gewissen Punkten übereinstimmt. So wird durch die Zwangsvollstreckung jede Quote des Miteigentums gleichermassen gefährdet. Der Anspruch auf Aufhebung der bereits erfolgten und Unterlassung

dinglichen Rechte weichen musste: München 1 Juli 1905 in S. A 60,427 (dem Eigentümer steht gegen die Pfändung von Gegenständen, die er einem Dritten zur Stellung einer Sicherheit überlassen hatte, keine Widerspruchsklage zu); R. G 18. September 1906 in DJZ 1906, 1318 (der Dritte, der für einen andern eine Sicherheit [im Strafverfahren] derart bestellt hat, dass der Hinterlegungsstelle gegenüber nur der Kautionspflichtige benannt ist, kann einer Pfändung seitens des Gläubigers des letztern nicht widersprechen); Bamberg 29. Oktober 1904 in SA 60,168 (dem Eigentümer der von einem andern im eignen Namen verkauften Sache steht keine Widerspruchsklage gegen die Pfändung des Kaufpreises zu).

[1]) Gaupp-Stein Anm. II 1 a zu § 771; v Schrutka-Recht. Dogmat. Teil S 123; R. G. Bd 13 S 173 ff bes. 179, 180: Rostock in Meckl. Z. 7,67; Stuttgart in Württ Jahrb. 8,319; Hamburg in SA 49, No 291 S 480; Cöln in Puchelts Z. 24,295.

[2]) a. a. O. S 18

zukünftiger Vollstreckungsmassregeln kann aber ebensowenig wie die im § 1011 BGB erwähnten Ansprüche hinsichtlich eines Bruchteils, sondern nur hinsichtlich der ganzen Sache geltend gemacht werden, jeder Miteigentümer kann also die Zwangsvollstreckung der ganzen Sache abwehren. Beim Miteigentum zur gesamten Hand ist aktiv legitimiert nur die Gesamtheit der Gesamteigner (§ 709 BGB), es sei denn, dass kraft besonderer Bestimmung eine andere Regelung getroffen ist.

2. Erfolgt wegen Schulden eines Miteigentümers eine Pfändung, so ist wiederum zu unterscheiden, ob sich dieselbe auf die ganze Sache oder nur auf einen Bruchteil erstreckt. In letzterem Falle können Anteilseigner mangels Gefährdung ihrer Quoten nicht Widerspruch erheben, Gesamteigner kommen nicht in diese Lage, da ihr Anteil an den einzelnen Eigentumsobjekten der Pfändung nicht unterliegt, — — §§ 859, 860 CPO. Erfolgt dagegen wegen Schulden eines Miteigentümers eine Pfändung der ganzen Sache, so können prinzipiell die übrigen Widerspruch erheben. Das gilt ausnahmslos für die Gemeinschaft nach Bruchteilen. Beim Gesamteigentum ist aber in gewissen Fällen die Pfändung der ganzen Sache wegen Schulden nur eines Gesamteigners zulässig, ohne dass dem oder den andern ein Widerspruchsrecht zustände. So namentlich bei den Gesamthandverhältnissen des ehelichen Güterrechts und der fortgesetzten Gütergemeinschaft (§§ 740, 745, Abs. 1 CPO, 1459, 1488, 1530 Abs. 1, 1549 BGB.). Der Grund besteht in der Haftung des Gesamtguts für einseitige Schulden eines Gesamteigners, nämlich des Ehemanns bezw. überlebenden Ehegatten. Dagegen steht diesem gegenüber einer wegen Schulden der Frau bezw. der Kinder nach alleiniger Verurteilung der letzteren erfolgten Vollstreckung ins Gesamtgut, die, abgesehen

von dem Ausnahmefall des § 741, unzulässig ist (bei der fortgesetzten G. G. ausnahmslos), ein Widerspruchsrecht zu (§ 774 CPO)."[1])

Wir haben schon oben gesehen, dass unter die „die Veräusserung hindernden Rechte an dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung" im Hinblick auf den Zweck der Klage und den erkennbaren Willen des Gesetzgebers auch das Recht auf eine Forderung einzureihen ist. Eine Erörterung über die Frage, welcher Natur dieses Recht auf eine Forderung ist, insbesondere, ob man von einem Eigentum an einer Forderung sprechen kann, gehört nicht hierher. Jedenfalls muss, wie das Reichsgericht[2]) richtig ausführt, bezüglich der Begründung der Klage aus § 771 die Inhaberschaft des Rechtes mit dem Eigentum an einer Sache auf eine Linie gestellt werden. Voraussetzung ist allerdings die Identität der Ansprüche. Steitig ist nun bezüglich dieser Voraussetzung die Frage, wann man von einer Identität der Ansprüche sprechen kann. Ist eine vollkommene Einheit der Obligation auch bezüglich der Person des Gläubigers erforderlich? Bei Bejahung dieser Frage würde, wie das Reichsgericht[3]) richtig ausführt, die Anwendbarkeit des § 771 CPO auf Widerspruchsklagen bei der Pfändung von Forderungen auf den Fall beschränkt sein, wenn vor der Pfändung eine Succession in das Gläubigerrecht geschehen wäre, sie würde also wesentlich nur dem Cessionar zur Seite stehen.[4]) Dagegen

[1]) Kunze S. 18 ff., s. S. A. 46 Nr. 76 (Errungenschaftsgemeinschaft).

[2]) R. G. Bd. 49 S. 347.

[3]) R. G. Bd. 43, S. 403 ff, Bd. 49, S. 347 ff

[4]) Dass dem Kläger, welcher durch Zession Inhaber der bei dem ursprünglichen Gläubiger gepfändeten Forderung geworden zu sein behauptet, die Widerspruchsklage gegeben ist, ist in der Rechtssprechung allgemein anerkannt und zwar auch für solche Rechtssysteme, welche als Folge der

würde sie ausgeschlossen sein, wenn der Rechtsgrund und der Gegenstand der Forderung sowie die Person des Drittschuldners identisch und nur die Person des Gläubigers streitig ist.[1]) Der Streit bewegt sich um die Frage, ob durch einen individuell bestimmten Vorgang der Schulder oder der Dritte sich Rechte hat einräumen lassen. Die Rechte sind ein und dieselben, mögen sie dem Schuldner oder dem Driten zustehen. Eben diese Rechte aber sind hier gepfändet. „Es ist nicht einzusehen," so führt das Reichsgericht[2]) richtig aus, „weshalb dann, wenn die aus demselben Rechtsgrunde, gegen denselben Schuldner, in derselben Art und Höhe bestehende Forderung von einem Dritten als dem ursprünglich berechtigten Gläubiger in Anspruch genommen wird, der § 690 CPO nicht anwendbar sein sollte, da doch der Dritte behauptet, dass ihm an dieser Forderung ein die (durch die Zwangsvollstreckung bezweckte) Veräusserung hinderndes Recht zustehe." Demgemäss muss die Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 771, dass der Kläger die Inhaberschaft der den Gegenstand der Zwangsvollstreckung bildenden Forderung in Anspruch nimmt, als erfüllt angesehen werden.[3])

Cession einen eigentlichen Rechtsübergang annehmen (s. R. G. Bd. 49, S. 347, vgl. R G. Bd. 4, S. 110, 114).

[1]) R. G. Bd. 43, S 403 ff

[2]) eodem S. 405, s. auch R G. Bd 49 S. 347; Bd. 12 S. 379, 380; Bd 31 S. 381; R G. vom 24. April 1901 in I. W. 1901 S. 403.

[3]) Die Praxis hat dem Begriff „Identität der Ansprüche" eine weite Auslegung gegeben So ist nach einer Entsch. d. O. L. G. Kolmar vom 22. Dezember 05. (in D. J Z. 06 S 828) der Widerspruchsklage aus § 771 stattgegeben worden, wenn die Forderung bei der Pfändung zwar nicht nach Entstehungsgrund und Höhe genau bezeichnet ist, es aber feststeht, dass es sich nur um eine bestimmte Forderung überhaupt handeln kann. Ferner ist nach einer Entsch. desselben Gerichts vom 18. Dez. 05

Es begründen ferner die dinglichen Rechte an einer fremden Sache die Widerspruchsklage aus § 771 CPO, sofern durch die Zwangsvollstreckung in diese Rechte eingegriffen wird, z. B. dem Berechtigten der Besitz der Sache entzogen oder diese frei von dem dinglichen Rechte veräussert werden soll,[1]) oder wenn es sich um Rechte z. B. an einer fremden Forderung handelt, sofern sie durch die Zwangsvollstreckung beeinträchtigt würden. Ist dies nicht der Fall, soll die Zwangsvollstreckung vielmehr unbeschadet der Rechte des dinglich Berechtigten erfolgen, so ist ein Widerspruchsrecht nicht begründet.

Unter diesen dinglichen Rechten an einer fremden Sache ist in erster Linie der Niessbrauch zu nennen. Nun ist allerdings der Niessbraucher gemäss § 1036 Abs. 1 BGB zum Besitze berechtigt und in der Regel durch den § 809 CPO geschützt, der die Pfändung von Sachen verbietet, die sich im Gewahrsam von zur Herausgabe nicht bereiten Dritten befinden. Es sind aber auch Fälle denkbar, in denen sich die Sache nicht im Gewahrsam des Niessbrauchers befindet, sondern in dem eines Dritten. Wird nun bei dem Dritten die Sache gepfändet, so ist zweifellos das Recht des Niessbrauchers gefährdet und deshalb zur Begründung der Klage aus § 771 geeignet.[2]) Ueber-

(in Recht 10, 123) die Identität der Forderungen selbst dann angenommen worden, wenn der Pfändungsbeschluss die vom Widerspruchskläger beantragte Forderung nicht besonders erwähnt, sondern im allgemeinen die dem Schuldner gegen den namhaft gemachten Drittschuldner zustehenden Forderungen mit Beschlag belegt hat. Jene Identität ist insbesondere dann als vorliegend erachtet worden, wenn feststeht, dass dem Schuldner keine andere mehr als die gepfändete Forderung gegen den Drittschuldner zusteht.

[1]) Petersen Nr. 6 b zu § 771; Stuttgart in Württ Jahrb 9 S. 343; Frankfurt in Rundschau 1898 S. 257.

[2]) s. Kunze S. 24, Bunsen S. 81 und die Kommentare.

trägt nun der Niessbraucher die Ausübung seines Niessbrauchsrechts z. B. an einem Mietsgrundstück an einen Dritten, so ist auch dieser Dritte zur Widerspruchsklage aus § 771 legitimiert hinsichtlich der Pfändung von Mietsforderungen in Ansehung dieses Grundstücks. Der Dritte erlangt nämlich durch die Ueberlassung der Ausübung dieses Niessbrauchs die Befugnis, den Niessbrauch kraft eigenen Rechtes geltend zu machen. Die Uebertragung schliesst zum mindesten die Uebereignung derjenigen Rechte in sich, die dem Niessbraucher hinsichtlich des Fruchterwerbs zustehen. Die Mietsforderungen aus einem Mietsgrundstück aber sind als Früchte desselben anzusehen. Sie haben also als durch die Ueberlassung der Ausübung des Niessbrauchs mit übereignet zu gelten.[1])

An dieser Stelle möge auch das Recht des Ehemanns am eingebrachten Gut seiner Ehefrau erwähnt werden. Dieses Recht würde auch ohne den durch die Novelle geschaffenen § 774 CPO zur Begründung der Klage aus § 771 fähig sein. Denn das Recht am Eingebrachten ist ein dem Niessbrauch an einem Vermögen ähnliches, dingliches Recht, welches durch die Durchführung der Zwangsvollstreckung zum Erlöschen gebracht wird.[2])

Ferner kommen als dingliche Rechte an fremder Sache in Betracht: das Lehenrecht, das Erbbaurecht, das dingliche Wohnungsrecht, das Anwärterrecht auf Lehen[3]) und Fidei-

[1]) so K. G 13. Mai 1908 in Recht 1908 Nr 2866 S. 502.

[2]) Ferner würde das Recht des Nacherben auch ohne den durch die Novelle geschaffenen § 773 CPO die Klage aus § 771 begründet haben. Denn das Recht des Nacherben hat einen dinglichen Charakter. Dies zeigt sich z. B. in §§ 2108 Abs. 2, 2110 Abs. 1 BGB. Das Nacherbenrecht ist auch gemäss § 2113 Abs. 3 BGB durch die Zwangsvollstreckung gefährdet (s. Seuffert in Z. f. Z. P. Bd 22 S. 368, Kunze S. 22).

[3]) Celle 26 März 1907 in R. O. L. G. 15, 277.

kommisse,[1]) auch die Vormerkung auf Auflassung gehört hierher.

Unter den dinglichen Rechten an einer fremden Sache scheiden die Pfand- und Vorzugsrechte an einer fremden Sache aus. Der Pfandgläubiger ist ebenso wie der Niessbraucher zum unmittelbaren Besitze der Pfandsache berechtigt. Es sind nun Fälle denkbar, in denen nicht der Pfandgläubiger, sondern ein Dritter den unmittelbaren Besitz hat, so z. B. im Falle des gesetzlichen Pfandrechts. An sich würde dem Pfandgläubiger in einem solchen Falle die Widerspruchsklage aus § 771 gegeben sein. Denn er kann kraft seines Pfandrechts seine Befriedigung aus der gepfändeten Sache im Falle der Nichterfüllung der Verbindlichkeit durch den Schuldner suchen.[2]) er hat ein dingliches Recht an der Sache und dieses Recht wird durch die Durchführung der Zwangsvollstreckung gefährdet. Durch die Sondervorschrift des § 805 CPO ist das Pfandrecht von den die Klage aus § 771 begründenden Rechten ausgeschlossen worden. § 805 CPO bestimmt nämlich:

> „Der Pfändung einer Sache kann ein Dritter, welcher sich nicht im Besitz der Sache befindet, auf Grund eines Pfand- oder Vorzugsrechtes nicht widersprechen . . . . "[3])[4])

[1]) R. G Bd. 30 S. 385; Seuffert § 771 Anm. 26 Vgl. aber Karlsruhe in Bad Ann. 52, 129.

[2]) s. Kunze S 27.

[3]) vgl Falkmann § 17 2a S. 118, § 18 S. 131—38; über die Vorzugsklage des § 710 CPO (a. F.) vgl. besond. Voss in Ziv. Arch. 76, 293 ff.; Frommhold S. 247.

[4]) Die Pfand- und Vorzugsrechte gewähren nach § 805 S. 2 lediglich einen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlös des gepfändeten Gegenstandes.

Abweichendes gilt für die Pfändung von ungetrennten Früchten, den Früchten auf dem Halm, wenn gegen den Grundstückseigentümer als den Schuldner gepfändet wird und ein Pachtverhältnis nicht vorliegt.[1]) § 810 Abs. 2 CPO gibt nämlich den Gläubigern, die ein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstücke haben (§ 10 des Z. V. G.). zum Schutze ihres Interesses an dem Verbleib dieser Früchte auf dem Grundstücke ein Widerspruchsrecht gegen die Pfändung ungetrennter Früchte, auch soweit diese gemäss § 810 Abs. 1 zulässig ist.[2])[3])

Sehr bestritten ist die Frage, ob auch den Hypothekengläubigern gegen die Pfändung der ihnen haftenden Zubehörstücke die Klage aus § 771 zusteht. Nach § 865 Abs. 2 CPO ist die Pfändung der Gegenstände, auf welche sich bei Grundstücken und Berechtigungen die Hypothek . . . erstreckt, unzulässig. Die Hypotheken-Berechtigten können demgemäss die Unzulässigkeit der erfolgten Pfändung im Wege der Einwendung oder Erinnerung bezw. Beschwerde geltend machen.[4]) Sie sind aber auf diesen Weg nicht beschränkt. Sie können auch ihren Widerspruch gegen die Pfändung im Wege der Klage aus § 771 geltend machen. Denn es steht ihnen an den ihnen haftenden Zubehörstücken ein die Veräusserung hinderndes

[1]) Liegt ein Pachtverhältnis vor und richtet sich die Pfändung gegen den Pächter, so haben, wie allgemein anerkannt wird, die Reallast-, Hypotheken-, Grund- und Rentenschuldgläubiger gemäss § 21 Abs. 3 des Ges. über Zwverst. und Zwverw. kein Widerspruchsrecht nach § 771 CPO, s. v. Lewetzow S. 23.

[2]) Petersen No. 4 zu § 810 CPO, v. Lewetzow S 24.

[3]) Werden getrennte Früchte gepfändet, so bleibt es dabei, dass diese Pfändung die Klage aus § 771 nicht zu begründen vermag.

[4]) L. G. Bromberg 30 Juni 1900 in J. M. f. P. und die Komm. s Sörgel 1900/01 zu § 771.

Recht zu. Letzteres wird von manchen bestritten. Sie weisen darauf hin, dass die Hypothekenstücke nach § 1121 Abs. 1 B. G. B. von der Haftung frei werden, wenn sie der Eigentümer veräussert und von dem Grundstücke entfernt, bevor sie zu Gunsten des Gläubigers in Beschlag genommen worden sind. Aber die Tragweite des § 771 CPO wird, wie das Reichsgericht[1]) richtig ausführt, unterschätzt, wenn man ein die Veräusserung hinderndes Recht des Hypothekengläubigers aus dem Grunde verneinen will, weil er der Veräusserung durch den Eigentümer (abgesehen von § 1135 B. G. B.) nicht widersprechen kann. Wir haben schon oben darauf hingewiesen, dass der Ausdruck „ein die Veräusserung hinderndes Recht an dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung" im weiteren Sinne verstanden werden muss. „Auch die Pfändung führt zur Veräusserung und mit ihr, wenn die Zubehörstücke vom Grundstück entfernt sind, zur Vernichtung des hypothekarischen Rechtes. Dieser Veräusserung — nicht der des Eigentümers — kann der Hypothekengläubiger widersprechen und deshalb ist ihm auch ein die Veräusserung hinderndes Recht im Sinne des § 771 zuzugestehen."[2])

Ob dem Pächter bei der gegen den Grundstückseigentümer gerichteten Zwangsvollstreckung in ungetrennte, dem Genuss des Pächters unterliegende Früchte die Klage aus § 771 zuzubilligen ist, ist ebenfalls sehr streitig. Es kommt darauf an, welche Rechtsnatur dem Anspruch des Pächters auf den Fruchtgenuss beizulegen ist. Steht dem Pächter an den

[1]) R. G. Bd. 55 S. 208 ff.

[2]) R. G. Bd. 55 S. 209; Petersen No. II 4 zu § 865 S. 577, s. auch die dort in Anm. 2 angegebene Liter.; A. A. u. a. Müller a. a. O. S. 126, der den Ausdruck „ein die Veräuss. hind. Recht an d. Gegenst. d. Zwangsvollstr." zu eng auffasst; Schröder in D. J. Z. 1903 S. 571.

ungetrennten Früchten ein dingliches Recht zu? Dem obligatorischen Anspruch des Pächters auf die Früchte, welcher an sich, wie wir später sehen werden, zur Begründung der Klage nicht fähig ist, ist nach der herrschenden Meinung[1]) durch § 956 Abs. 1 B. G. B. die Wirkung eines durch dinglichen Vertrag entstandenen Rechtes beizulegen. Der Pächter hat ein dingliches Anwartschaftsrecht, eine Art durch die Trennung suspensiv bedingtes Eigentum, auf welches gestützt er der Pfändung in diese Früchte im Wege der Klage aus § 771 widersprechen kann.[2])

Die Frage, ob persönliche Ansprüche gegen den Vollstreckungsschuldner zur Begründung der Widerspruchsklage aus § 771 CPO ausreichen, ist eine der bestrittensten der ganzen Lehre, sie ist dazu praktisch eine der wichtigsten. Die Frage ist unbedingt und ausnahmslos zu verneinen. Fast unstreitig ist in Theorie und Praxis, dass rein persönliche Rechte des

[1]) Die herrschende Meinung, welche den Eigentumserwerb des Pächters für derivativ hält, wird vertreten durch Cosack § 204 Bd 2, 1; Crome Bd. 3 § 409 und in Jherings Jahrb Bd 37, S 33; Dernburg Bd. 1, S. 484 ff, § 105, 4 Anm. 8 u. 9; Goldmann-Lilienthal Bd 2 S 103 f; Göppert S. 263 ff; Matthiass Bd. 2 § 24, V. A. 1 S. 73; Staudinger Bd. 3 zu § 956; Kohler im Ziv. Arch. für B. R. Bd. 18; Planck B. G B zu § 956 Anm. 2b; Reichel in Grünhuts Zeitschr. Bd 30 S. 182, während Enneccerus-Lehmann Bd. 2 S 135; v. Blume in Jherings Jahrb. Bd. 39, Beiträge zur Auslegung des Deutschen B G B. III, Zur Lehre vom Fruchterwerb S. 433 ff; Hellmann im Recht 1901 S. 417, 522 ff; ebenda Harburger 1901 S 484, ebenda Fuchs 1903 S. 39; Franke in Z. f. Z. P. Bd 28 S 139 denselben für originär halten (so v. Lewetzow S. 30 Anm 1)

[2]) v. Lewetzow S. 31; Kunze S 18; R. G Bd. 14 S. 365; s. hierzu Cosack § 204; Fuchs in Z f Z. P. Bd 24 S 207; Dernburg BGB Bd. 3 S 305; Mot S 317 ff.

Dritten (z. B. aus Kauf,[1]) Tausch, Miete, Vermächtnis, Schenkungsversprechen), welche die Verpflichtung des Schuldners zur Leistung oder Uebertragung eines zum Vermögen des Schuldners gehörigen Objektes an ihn, also zum tradere, dare, praestare begründen, der Veräusserung des Gegenstandes und folgeweise auch der Durchführung der Zwangsvollstreckung nicht im Wege stehen.[2]) Dagegen sind in Theorie und Praxis die Ansichten geteilt, wenn es sich um die Pfändung solcher nicht zum Vermögen des Schuldners gehörigen Gegenstände handelt, welche der Schuldner im Namen des Dritten z. B. auf Grund eines Kommissionsverhältnisses, einer Leihe, einer Verwahrung, eines Auftrags oder eines Mietverhältnisses besitzt und auf deren Herausgabe der Dritte demnach auf Grund eines solchen Schuldverhältnisses einen Anspruch hat.[3])[4]) Das Rechtsgefühl verlangt

---

[1]) insbes auch über ungetrennte Früchte, s. Middendorf in J. W. 1903 S. 121.

[2]) s. Petersen Anm. 6 d zu § 771; Planck Lehrbuch § 179 II A2a S. 715 und die die andern Komm.; R. G. Bd. 18 S. 365; R. G. 8. Februar 1902 in J. W. 1902 S. 170: „Denn wenn auch einzelne obligatorische Rechte, die zum Besitze einer Sache die Befugnis geben, wie z. B. die des Verwahrers, oder Rechte auf Rückgabe der Sache, wie die des Deponenten, Kommodanten, den Widerspruch gegen die Zwangsvollstreckung in die Sache begründen können, darüber sind Rechtslehre und Rechtsprechung einig, dass rein obligatorische Rechte auf Herausgabe einer Sache insbesondere blosse Rechte aus einem Kaufvertrage hierzu nicht geeignet sind. z. T. a. A. die Praxis, vgl. SA Bd. 37 No. 355 S. 479.

[3]) s. Gütermann S. 110

[4]) Diejenigen, welche die Widerspruchsklage beim Vorliegen eines derartigen Schuldverhältnisses für begründet erachten, sagen u. a.: Wenn der Depositar oder Kommodatar die hinterlegte oder geliehene Sache freiwillig veräussert, so handele er rechtswidrig; ebenso sei eine Zwangsvollstreckung rechtswidrig, welche sich gegen derartige Sachen richte. Der

zwar unbedingt, wie Francke in Z. f. Z. P. Bd. 38 S. 361 richtig betont, dass, wer eine Sache leihweise, mietweise, zur Aufbewahrung, zur Ausbesserung, zur Besichtigung, zum Gebrauche bei Ausführung eines Auftrags oder in sonstiger Eigentum nicht übertragender Weise einem andern hingibt, wenigstens solange der andere nicht dem hieraus sich ergebenden Rechtsverhältnis entgegenhandelt, nur jenen Umstand, die Hingabe der Sache zu dem vorbezeichneten Zwecke, und nicht etwa sein oft schwer oder auch garnicht beweisbares Eigentum zu beweisen habe, um die Sache der Hand des Gläubigers des andern zu entwinden. Dass wirklich der Rechtszustand herbeigeführt wird, den das Rechtsgefühl verlangt, haben ohne weitere Bedenken lange Zeiten hindurch die deutschen Rechtslehrer[1]), unterstützt durch die Praxis, gelehrt. Dies änderte sich in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts. Von Theorie und Praxis verlangte man wissenschaftliche Rechtfertigung und warf der bis dahin unbestrittenen Bejahung obiger Frage vor, sie lasse dem klarsten Rechte zuwider aus einem persönlichen Anspruche wider den Schuldner gegen dessen Gläubiger klagen.[2]) Dies

---

Dritte habe sonach ein die Veräusserung hinderndes Recht. S. gegen diese Begründung die obigen Ausführungen bezüglich des Ausdrucks „ein die Veräusserung hinderndes Recht." Rechtswidrig handelt auch derjenige, welcher die Sache, auf deren Uebertragung er nur ein rein persönliches Recht hat, freiwillig veräussert. Deshalb ist noch nicht die Zwangsvollstreckung, welche sich gegen diese Sache richtet, rechtswidrig.

[1]) so Dabelow, Ausführliche Entwicklung der Lehre vom Konkurse der Gläubiger 590; Schweppe, das System des Konkurses der Gläubiger § 40; Mackeldey, Lehrbuch des heutigen römischen Rechtes, § 777; Kori, System des Konkursprozesses; Bayer, Theorie des Konkursprozesses § 25 Anm. 2 und § 51 a. A.

[2]) so zuerst Voss, später v. Schrutka-Recht. Auch heute wird der Vorwurf von vielen aufrecht erhalten, so insbesondere von Goldmann in

vertrage sich in keiner Weise mit der Auffassung der Exekutionsinterventionsklage als einer materiell-rechtlichen Klage. Letzterem ist an sich vollkommen beizustimmen. Die Vertragsobligation als das persönliche Band zwischen Gläubiger und Schuldner kann nur zwischen den Kontrahenten selbst Rechte begründen, sie hat keinen dinglichen Charakter, sie begründet kein Recht an einer Sache, der Pfändende steht mit dem intervenierenden Dritten in keinem obligatorischen Verhältnisse.[1]) Es ist demnach in dieser Hinsicht kein Unterschied zu machen zwischen Forderung auf Leistung oder Rückübertragung einer Sache des Schuldners und Forderung auf Rückübertragung einer vom Schuldner im Namen des Gläubigers detinierten Sache. Denn für das Wesen der Obligation sind beide Fälle gleichartig. Wenn z. B. der Schuldner die geliehene Sache veräussert, so kann der gutgläubige Erwerber mit der actio commodati nicht belangt werden. Die Natur der Obligation erleidet nun, wie wir schon oben gesehen haben, dadurch, dass das Vermögensstück durch den zwangsweisen Pfändungsakt, also wider den Willen des Schuldners, in den Besitz des Vollstreckungsgläubigers gelangt, keinerlei Umbildung.[2]) Das obligatorische Verhältnis bleibt nach wie vor zwischen dem Dritten und dem Schuldner bestehen.

Allerdings ist es nun nicht zu leugnen, dass der Deponent regelmässig an der deponierten Sache das Eigentums- oder ein sonstiges dingliches Recht hat. Und dies scheint auch der Grund für die falsche Auffassung zu sein. Der manchmal schwer

Gruchot Bd 50 S 805, von Gaupp-Stein in Anm. I. zu § 771, s. auch die zu dieser Bem. in Anm. 7 benannten Schriftsteller. (s. Francke Z. f. Z. P. 1908 S. 367)

[1]) Frommhold S. 248, Staub J. W. 1888 S. 265.

[2]) Frommhold S. 249.

zu erbringende Beweis, dass der Dritte Eigentum an der Sache habe, soll ersetzt werden durch den Beweis, dass der Dritte die Sache deponiert und dgl. habe.

Diese Konstruktion mag ja zu dem gewünschten Resultate führen, und im Regelfalle wird dieser Erfolg der wirklichen Rechtslage entsprechen. Es ist aber hiergegen einzuwenden, dass der Deponent und dgl. eben nur regelmässig Eigentümer ist und dass der Fall, dass der Schuldner Eigentümer ist, nicht ausgeschlossen ist.

Ebenso verfehlt ist es, sich auf § 35 KO zu berufen. Wie man dort die Aussonderung auf Grund persönlicher Ansprüche zulässt, so soll man auch nach Gaupp-Stein's[1]) und anderer Ansicht bei der gleichen Sachlage des § 771 auch hier dem obligatorisch Berechtigten die Klage gewähren. Aber es liegt eben keine gleiche Sachlage vor. Ausser v. Glasenapp, Franke, Bunsen begegnet sehr treffend Frommhold[2]) dieser irrigen Auffassung: „Man mag im Konkursverfahren eine Succession der Gläubigerschaft in das gesamte Vermögen des Schuldners annehmen und von diesem Gesichtspunkte aus die Pflicht zur Anerkennung obligatorischer Rechtsgeschäfte desselben erklären, für die einfache Zwangsvollstreckung trifft das nicht zu. Ueberhaupt folgt das Konkursverfahren als Generalexekution so völlig eigenen Regeln, dass man dieselben nicht ohne weiteres für die gleichfalls besonders normierte Spezialexekution der CPO verwerten darf." Bei der Pfändung gibt es keinen Konkursverwalter, der, wie Petersen und Kleinfeller zu § 43 treffend sagt[3]), von Amtswegen auszusondern und daher ohne Rück-

[1]) a. a. O. § 771 No. I.

[2]) a. a. O. S. 248.

[3]) s. auch Francke Z. f. Z. P. Bd. 38 S. 368.

sicht auf Sätze über Beweislast die hier einschlagenden Rechtsverhältnisse zu untersuchen hat.[1])

Wir kommen demnach zu dem Resultat, dass nicht nur die Ansprüche auf Herausgabe, sondern auch die Ansprüche auf Rückgabe — in ihrer Eigenschaft als obligatorische Rechte — zur Begründung der Klage aus § 771 CPO nicht fähig sind. Aber trotzdem vermögen oft diese Ansprüche auf Rückgabe aus einem andern Grunde die Widerspruchsklage zu begründen. Dieser Grund ist jedoch nicht in der Verschiedenheit der beiden Gruppen obligatorischer Ansprüche zu suchen, da, wie wir oben gesehen haben, beide dieselben charakteristischen Merkmale zeigen, sondern darin, dass bei den Ansprüchen auf Rückgabe noch etwas hinzukommt, was mit dem obligatorischen Recht als solchem nichts zu tun hat: der mittelbare Besitz[2]) (§ 868 BGB). Dieser ist, wie wir im folgenden sehen werden, beim Vorliegen bestimmter Voraussetzungen zur Begründung der Klage fähig, sodass Rechtsgrund der Klage nicht das obligatorische Verhältnis, sondern die Tatsache der Besitzverletzung ist.

In welcher Weise der Besitz — mittelbarer wie unmittelbarer — bei der Widerspruchsklage zur Geltung kommt, ist von jeher eine sehr bestrittene Frage.

Zunächst kommt der Besitz nur insofern in Betracht, als er, in gleicher Weise wie die Eintragung im Grundbuche bei Grundstücken, bei beweglichen Sachen die Vermutung für das Eigentum begründet (§ 1006 BGB). Die Wirkung dieser Vermutung besteht darin, dass der Besitzer einer beweglichen Sache, welcher behauptet, Eigentümer der Sache zu sein, bis zum Beweise des Gegenteils als Eigentümer gilt, ohne dass er die

[1]) Francke, Z. f. Z. P. 1908 S. 368.

[2]) Kunze S. 42.

seinen Eigentumserwerb begründenden Tatsachen anzuführen braucht. Für die Widerspruchsklage kommt insbesondere in Betracht die Vorschrift des § 1006 Abs. 3 BGB. Die Eigentumsvermutung zu Gunsten des Besitzers gilt zunächst für den unmittelbaren Besitzer: wird aber bewiesen, dass dieser einem andern mittelbaren Besitz vermittelt, so spricht die Vermutung für den mittelbaren Besitzer.[1]) Stützt also der Interventionskläger seinen Anspruch darauf, dass zwischen ihm und dem Schuldner ein Rechtsverhältnis besteht, vermöge dessen er — der Kläger — mittelbarer Besitzer der bei dem Schuldner gepfändeten Sache ist, hat der Interventionskläger also eine Forderung auf Rückübertragung der in seinem Namen vom Schuldner, dem unmittelbaren Besitzer, detinierten Sache z. B. auf Grund eines Kommissionsverhältnisses, einer Leihe, einer Verwahrung, eines Auftrags, eines Mietverhältnisses oder eines ähnlichen Verhältnisses, „vermöge dessen der Schuldner dem intervenierenden Dritten gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist" (§ 868 BGB), so spricht zu seinen, des Interventionsklägers, Gunsten die Vermutung des § 1006 Abs. 3 BGB, dass er Eigentümer der Sache ist, dass ihm also „an dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung ein die Veräusserung hinderndes Recht zusteht." Wenn nun auch für die Praxis diese zu Gunsten des Besitzers sprechende Eigentumsvermutung von grosser Tragweite ist, und durch dieselbe die Härte wieder beseitigt wird, die darin liegt, dass derjenige, welcher einem andern eine Sache leihweise und dergl. übergeben hat, mit der Berufung auf jenen Umstand, die Hingabe der Sache zu dem vorbezeichneten Zwecke, die Widerspruchsklage nicht zu begründen vermag, so leidet diese günstige Stellung des Besitzers doch an

[1]) Goldmann in Gruchot Bd. 50 S. 813.

der Schwäche, dass die Vorschrift des § 1006 nur eine Vermutung ist, die durch Gegenbeweis widerlegt werden kann. Es ist ferner zu beachten, dass, wenn der mittelbare Besitzer zu einem Dritten wiederum in einem Besitzverhältnisse steht, durch welches er seinerseits diesem Dritten mittelbaren Besitz vermittelt, die Vermutung nicht für ihn, sondern für den sog. „entfernteren mittelbaren", den „mittelbaren mittelbaren" Besitzer spricht.[1]) Wir kommen deshalb zu der weitern Frage: Kann der Besitz als solcher ohne Zuhülfenahme des § 1006 BGB die Widerspruchsklage aus § 771 CPO begründen? Diese Frage führt uns auf die alte Streitfrage, ob der Besitz nicht nur als ein blosses factum, sondern als ein Recht anzusehen ist, und ob aus diesem Grunde der Besitz als ein die Veräusserung hinderndes Recht im Sinne des § 771 CPO in Betracht kommt. Diese Frage ist schon früher unter dem alten Recht nach der herrschenden Meinung bejaht worden. So sagt denn auch Seuffert[2]): „Der Ausdruck „Recht" im § 690 CPO kann um so weniger als ein den Besitz ausschliessender terminus technicus gebraucht sein, als die Rechtsnatur des Besitzes sich ziemlich allgemeiner und wohlbegründeter Anerkennung erfreut"[3])

[1]) Goldmann in Gruchot Bd. 50 S. 813.

[2]) CPO 5. Auflage 1890 Anm. 2a zu § 690.

[3]) Das Allgemeine Landrecht gibt dem „vollständigen Besitzer" gegen jeden mit Ausnahme des Eigentümers alle Rechte des Eigentümers. Die Materialien zum Landrechte erblicken in dem Besitze eine interimistische Legitimation zur Sache und Dernburg sagt in seinem Preussischen Privatrecht § 250 Nr. 4, dass der Nachweis des „vollständigen Besitzes" der Regel nach statt des Eigentumsbeweises genüge. Im Gebiete des gemeinen Rechts hat das O. A. G. Celle am 1. Juni 1857 erkannt (Entscheidungen des Tribunals zu Celle Abt. II Nr. 56), dass „der juristische Besitz als solcher zur Intervention in der Zwangsvollstreckung berechtige" und für

Das BGB hat sich nicht, wie es zu wünschen gewesen wäre, bezüglich der Rechtsnatur des Besitzes klar ausgesprochen. Es gibt keine Definition des Besitzbegriffes, es sagt nicht, dass der Besitz die tatsächliche Gewalt über die Sache ist, sondern nur, dass der Besitz durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt erworben wird. Einerseits stellt das BGB Besitz und Recht einander gegenüber, z. B. in den §§ 268 Abs. 1, 1414, 1462, es bestimmt im § 865, dass Besitz an Teilen (wesentlichen Bestandteilen) der Grundstücke möglich sei, während § 93 besondere Rechte an solchen nicht zulässt. Andererseits spricht das Gesetz mehrfach von dem Nachfolger oder Vorgänger im Besitze als einem Rechtsnachfolger bezw. Rechtsvorgänger (§§ 861 Abs. 2, 862 Abs. 2, 943, 999 BGB) oder fasst den Begriff des Rechts so weit, dass auch der Besitz darunter verstanden werden muss (z. B. § 1400 BGB). Der Besitz kann Gegenstand eines Bereicherungsanspruchs (§ 812 BGB) sein, er ist gegen unerlaubte Handlungen, sowie gegen verbotene Eigenmacht (§ 823 bezw. § 861 f. BGB) geschützt.[1]) Der Besitz wird deshalb mit Recht nach der herrschenden Meinung als eine Rechtsposition, ein Rechtsgut, ein Recht mit dinglichem Charakter angesehen. An sich würde er mithin die Klage aus § 771 begründen können, wenn auch die sonstigen Voraussetzungen, die das materielle Recht für die Besitzklagen aufstellt, erfüllt sind.

Es kommen in Betracht die §§ 858 Abs. 1, 861 Abs. 1, 862 Abs. 1 und 869 Satz 1 BGB. Dieselben lauten:

---

ein Recht zu halten sei, durch welches die Veräusserung durch den Gläubiger eines andern oder die Herausgabe an solchen Gläubiger unzulässig wird (s. Franke, Z. f. Z. P. Bd. 38 S. 371).

[1]) Neumann, BGB Bd. 1 Bem. 1 zu § 854 S. 413; Kunze S. 30.

§ 858. Wer dem Besitzer ohne dessen Willen den Besitz entzieht oder ihn im Besitze stört, handelt, sofern nicht das Gesetz die Entziehung oder die Störung gestattet, widerrechtlich (verbotene Eigenmacht).

§ 861. Wird der Besitz durch verbotene Eigenmacht dem Besitzer entzogen, so kann dieser die Wiedereinräumung des Besitzes von demjenigen verlangen, welcher ihm gegenüber fehlerhaft besitzt.

§ 862. Wird der Besitzer durch verbotene Eigenmacht im Besitze gestört, so kann er von dem Störer die Beseitigung der Störung verlangen. Sind weitere Störungen zu besorgen, so kann der Besitzer auf Unterlassung klagen.

§ 869. Wird gegen den Besitzer verbotene Eigenmacht verübt, so stehen die in den §§ 861, 862 bestimmten Ansprüche auch dem unmittelbaren Besitzer zu.

Zweifellos entzieht die Pfändung dem unmittelbaren Besitzer den Besitz, wenn der Gerichtsvollzieher die gepfändete Sache an sich nimmt. Belässt er die Sache bei dem unmittelbaren Besitzer, so wird dieser durch die Pfändung im Besitz gestört; denn wenn auch in dem Pfändungsakte an sich nur eine vorübergehende Störung liegt, so wird doch, wie Pretsch[1]) richtig ausführt, durch diese Störung die Besorgnis weiterer Störungen insofern begründet, als die Pfändung den Beginn der vollständigen Wegnahme der Sache, also der Besitzentziehung, zum Zwecke der öffentlichen Versteigerung (§§ 814, 816 CPO) bildet, und somit „ein Zustand

[1]) Ziv. Arch. Bd. 99, S. 449.

fortdauernder Unsicherheit der tatsächlichen Gewalt des unmittelbaren Besitzers geschaffen ist."[1])

Die §§ 861, 862 BGB setzen aber nicht nur Besitzentziehung bzw. Besitzstörung voraus, es ist ausserdem erforderlich, dass diese Besitzentziehung bzw. Besitzstörung durch verbotene Eigenmacht erfolgt ist. Für die Widerspruchsklage kommt deshalb die Frage in Betracht: Hat sich der Gerichtsvollzieher, als der Vertreter des Gläubigers, einer verbotenen Eigenmacht gegenüber dem unmittelbaren Besitzer schuldig gemacht? In Beantwortung dieser Frage ist zu unterscheiden, ob der intervenierende Dritte selbst unmittelbarer Besitzer ist oder ob der Schuldner des Gläubigers unmittelbarer Besitzer ist, der für den Dritten, als den mittelbaren Besitzer, die Sache detiniert. Im ersten Falle, wenn also der intervenierende Dritte der unmittelbare Besitzer ist — und, was natürlich hinzukommen muss, zur Herausgabe der Sache nicht bereit ist —, liegt verbotene Eigenmacht auf Seiten des Vollstreckungsbeamten, wie auch allgemein angenommen wird, vor. Denn dann gestattet das Gesetz nicht die Entziehung oder Störung (§ 858 BGB), es verbietet sie ausdrücklich im § 809 CPO. So sagt auch das Reichsgericht[2]): Die Frage, ob ein Dritter überhaupt auf Grund der Behauptung, dass er Besitzer der gepfändeten Sachen sei, Widerspruch gegen die Zwangsvollstreckung im Wege der Klage erheben kann, ist zu bejahen, „wenn der Gerichtsvollzieher oder Vollziehungsbeamte Sachen gepfändet hat, welche im Gewahrsam und im juristischen Besitze eines Dritten sich befunden haben, welcher zu deren Herrausgabe nicht bereit war.

---

[1]) vgl. Planck BGB zu § 862 Note 1 a β S. 47, 48; Strohal, Sachbesitz S. 134.

[2]) R G Bd. 14 S. 362 f.

In einer solchen ungesetzlichen Pfändung ist eine widerrechtliche, eigenmächtige Besitzentsetzung enthalten."[1])

Zu einem andern Resultat gelangen wir, wenn der Schuldner des Gläubigers unmittelbarer und der Dritte mittelbarer Besitzer ist. Das Gesetz fordert zum Begriff der verbotenen Eigenmacht den Mangel einer gesetzlichen[2]) Ermächtigung zur Entziehung bezw. Störung des Besitzes. Nun gestattet § 808 CPO dem Gerichtsvollzieher die Entziehung bezw. Störung des Besitzes schlechthin, sofern sich die zu pfändenden Sachen im Gewahrsam — d. i. im unmittelbaren Besitz — des Schuldners befinden. Diese gesetzliche Ermächtigung wird durch § 57 Ziff. 2 der Preuss. Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher v. 1. XII. 1899 nur für den einen Fall eingeschränkt, dass der Gerichtsvollzieher das Recht des Dritten (dem Wortlaut nach nur Eigentum) kennt. In diesem Falle würde verbotene Eigenmacht auf Seiten des Vollstreckungsbeamten vorliegen, es würde dem Schuldner und damit auch dem Dritten (in Gemässheit des § 869 B. G. B.) ein Anspruch aus §§ 861, 862 B. G. B. gegen den Gläubiger zustehen und dieser Anspruch könnte in der Form der Interventionsklage geltend gemacht werden.[3]) Manche erblicken jedoch in der Pfändung einer dem Schuldner nicht gehörigen Sache unter allen Umständen eine verbotene Eigenmacht des Gerichtsvollziehers. Dieser Ansicht hält Pretsch[4])

---

[1]) Neben der Klage aus § 771 kann der Dritte natürlich auch wegen des formalen Verstosses die Einwendungen nach § 766 CPO erheben, vgl. Seuffert's A. 37, S. 121, 40, S 118, 41, S. 235; R. G Bd. 34 S. 380; Gütermann S 130

[2]) Gesetz: irgend eine Rechtsnorm insbes. also auch eine Norm des öffentl. Rechts (E G. Art. 2), s Neumann B G B § 858 Anm. 2a.

[3]) Pretsch, Ziv. Arch. 99, S. 450; Kunze S. 32; Nessel bei Gruchot 28 S. 128, v Glasenapp ebenda S 289; Staub J W. 1887 S. 421

[4]) Ziv. Arch. 99, S 451.

mit Recht entgegen, dass der Gerichtsvollzieher sich in solchen Fällen niemals „in der rechtmässigen Ausübung seines Amtes“ im Sinne des § 113 Str. G. B. befinden würde, der Schuldner sich also niemals aus § 113 Str. G. B. strafbar machen würde, wenn er sich der Pfändung einer ihm nicht gehörigen Sache mit Gewalt widersetzen würde. Aber selbst wenn man annehmen wollte, dass sich der Gerichtsvollzieher, auch wenn eine von ihm vorgenommene Pfändung sich als verbotene Eigenmacht im Sinne der §§ 861, 862 B. G. B. darstellt, „in der rechtmässigen Ausübung seines Amtes“ im Sinne des § 113 Str. G. B. befinden könne, so müsste dennoch ein von dem Schuldner dem Gerichtsvollzieher geleisteter Widerstand aus dem Grunde straflos bleiben, weil der im Resitze befindliche Schuldner nach § 859 Abs. 1 B. G. B. „sich verbotener Eigenmacht mit Gewalt erwehren darf.“

Eine nach dem materiellen Recht rechtmässige Handlung kann aber niemals strafbar sein; denn die Rechtswidrigkeit ist die notwendige Voraussetzung der Strafbarkeit.[1]) Der Schuldner wäre ferner nicht verpflichtet, dem Gerichtsvollzieher den Schaden zu ersetzen, den er ihm bei der Widerstandsleistung zugefügt hat; denn er handelt, soweit die Anwendung von Gewalt zur Abwehr der verbotenen Eigenmacht erforderlich ist, nicht „widerrechtlich“ im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB.[2]) Zu diesen zivil- und strafrechtlichen Konsequenzen gelangt man, wenn man in der Pfändung einer dem Schuldner nicht gehörigen Sache unter allen Umständen eine verbotene Eigenmacht des Gerichtsvollziehers erblickt. Da aus diesen Gründen gegen den

[1]) Vgl. v. Liszt, Lehrbuch des Strafrechts § 32 S. 119, 120, und § 35 S. 131, 132.

[2]) Pretsch, Ziv. Arch. 99 S. 451.

Schuldner, als den unmittelbaren Besitzer, verbotene Eigenmacht nicht verübt und diesem deshalb eine Klage aus §§ 861, 862 BGB gegen den Gläubiger nicht gegeben ist, so kann diese Klage auch nicht dem intervenierenden Dritten, dem mittelbaren Besitzer, gemäss § 869 Satz 1 BGB gewährt werden.